 Pfersche

K

Die

Bereicherungs-Klagen.

Privatrechtliche Untersuchung

von

Dr. Emil Pfersche

Privatdocenten in Graz.

Wien.

Manz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

Inhalts-Übersicht.

Einleitung.

I. Historisches.

A. Die Formeln der Condictionen.

B. Die Entwicklung der Condictionen.

II. Rückforderung zufälliger Bereicherung

Einleitung.

Das Gebiet des Privatrechts, welches den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bilden soll, wird herkömmlich als die Lehre von den Bereicherungsklagen, genauer von den Klagen aus grundloser oder ungerechtfertigter Bereicherung bezeichnet. Diese Bezeichnung ist nicht ungerechtfertigt. Denn die hierher gehörenden Fälle haben gemeinsam, daß ein Vermögensobject von dem Kläger auf den Beklagten übergegangen ist, daß also der Beklagte auf Kosten des Klägers bereichert ist, sowie daß sich der Anspruch des Klägers nur auf Rückgabe der Bereicherung richtet.

Der Titel „Bereicherungsklagen" ist also ganz entsprechend, um den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung im allgemeinen zu bezeichnen und zu begrenzen. Der Titel entspricht jedoch nicht ganz der Tendenz und den Resultaten der Untersuchung. Dieselbe führt nemlich zu der Ansicht, daß die sogenannten Bereicherungsklagen nicht ein geschlossenes Rechtsinstitut darstellen, nicht auf einem einheitlichen, allgemeinen Rechtssatze beruhen, daß also ihre systematische Vereinigung in der Lehre und im Gesetze nicht notwendig oder ersprießlich erscheint.

Dieses Resultat widerspricht der bisher üblichen Auffassung, welche die Zusammengehörigkeit und Gleichartigkeit der Bereicherungsklagen beinahe als selbstverständlich betrachtete.

Anlaß dazu gab vornemlich der Umstand, daß in den hierhergehörigen Fällen im Römischen Recht fast durchwegs gleichartige Klagformeln Anwendung fanden, welche als condictiones bezeichnet werden. Man spricht daher auch statt von Bereicherungsklagen von Condictionen, genauer von condictiones ob causam. Ob aber die gleichartige processuale Gestaltung der Klage Einfluß nimmt oder Schlüsse gestattet auf die Natur der dadurch geltend gemachten Ansprüche, ist nicht ohneweiteres sicher. Die Frage kann nur durch eine eingehende historische Untersuchung beantwortet werden, welcher wir uns daher in erster Linie zuwenden müssen. Dafür daß aus der Gleichheit der Klage noch nicht die Gleichheit der Ansprüche folgt, sei hier nur angeführt, daß es erstens Condictionen auch dort gibt, wo anerkannterweise von einem Bereicherungsanspruch nicht die Rede ist, wo die Rückforderung auf Vertrag oder Delict beruht.

Daß es zweitens Bereicherungsansprüche gibt, welche nicht durch Condictionen, sondern durch actio in factum e. c. geltend gemacht werden.

Die Annahme einer gemeinsamen Regel für alle Bereicherungsfälle fand weiters einen Anhalt darin, daß man einige sehr allgemein lautende Quellenaussprüche für fertige Rechtssätze ansah. Diese Auffassung hat aber noch weitergehenden Einfluß auf unsere Lehre gehabt, weshalb gegen dieselbe folgendes bemerkt werden muß. Eine ältere Ansicht, welche sich an den allgemeinsten Ausspruch gehalten hat, an l. 14. 12. 6. l. 206. 50. 17:

aequum est, neminem cum damno alterius fieri locupletiorem

ist gegenwärtig als irrig anerkannt.[1]) Es ließ sich ja leicht an vielen Quellenentscheidungen dartun, daß nicht überall, wo jemand mit dem Schaden eines andern bereichert ist, eine Klage zusteht. Man erkannte also an, daß es einer ausdrücklichen Rechtsbestimmung bedürfe, wann jenes an sich wol billige, aber nicht allein maßgebende Princip anzuwenden und eine Rückforderungsklage zu gewähren sei. Aber man wollte nun eine derartige ganz allgemeine Rechtsbestimmung anerkannt finden in 66. 12. 6. l. 1. § 3. 12. 7:

quidquid apud alterum sine causa deprehenditur revocare consuevit.

constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam.

Und die Umschreibung dieser Stellen wurde als Rechtssatz an die Spitze unserer Lehre gesetzt, wie aus allen Lehrbüchern zu ersehen.

Nun ist es zu beachten, daß dieser Satz für sich noch gar nichts sagt, daß es nur die Form einer Regel ist, welche ihre Ausfüllung noch erwartet. Denn die Bedeutung des Satzes hängt ganz davon ab, was unter sine causa gemachtem, grundlosem Erwerbe zu verstehen ist.[2]) Und es ist klar, daß man es dabei nicht auf allgemeine Billigkeitserwägungen ankommen lassen kann, weil man sonst wieder in den Irrweg der erwähnten „allgemeinen Bereicherungsklage" einlenken würde.[3]) Wenn also erst eine Ergänzung des allgemeinen Satzes weiterhin aus dem Rechte erfolgen muß, so ist er nur scheinbar ein Rechtssatz und könnte man es für gleichgiltig erachten, ob man ihn als Rechtssatz anerkennt oder nicht. Dem ist aber nicht so, diese Auffassung übt einen subjectiven, vielleicht sogar objectiven Einfluß bei der Interpretation der Quellen aus. Ohne die allgemeine

---

[1]) S. Witte, S. V. Windscheid, § 421. N. 1.

[2]) Windscheid, § 422: „Man wird darauf verzichten müssen, auf diese Frage mit einer allgemeinen Formel zu antworten."

[3]) Brinz, II. S. 506. N. 13: der Erwerb muß immer „aus dem Rechte" gerechtfertigt sein.

Regel wäre der Standpunkt der, daß eine Rückforderungsklage nur dort zuzulassen ist, wo sie ausdrücklich anerkannt oder aus den vorhandenen Quellenentscheidungen nach den Regeln der Analogie zu begründen ist. Stellt man aber den Satz von der ungerechtfertigten Bereicherung schon als ausdrückliche Rechtsregel und Richtschnur an die Spitze, so wird man die einzelnen Entscheidungen zwar als Beispiele der Regel ansehen, in zweifelhaften Fällen aber die Entscheidung nicht durch Analogie aus den einzelnen Entscheidungen, sondern einfach aus der schon vorausgesetzten Regel entnehmen.

Unser Standpunkt ist also, daß ein so allgemeiner und unbestimmter Ausspruch nicht schon als Rechtssatz angesehen werden kann. Es ist nur ein unmaßgeblicher Versuch der Römischen Juristen, die Regel zu abstrahieren, als das allein Entscheidende und Beweisende sind aber die concreten Entscheidungen einzelner Fälle anzusehen. Wir lassen also einen Bereicherungsanspruch nur dort gelten, wo er wirklich bezeugt ist. Für diese Ansicht spricht auch der historische Gesichtspunkt. Denn bei aller Verschiedenheit der historischen Ansichten dürfte man doch übereinstimmen, daß die Bereicherungsansprüche nur allmälig sich entwickelt haben. Das Römische Recht hat nicht auf einmal seine rigorose Strenge fallen gelassen, um unsere obligatorischen Ansprüche anzuerkennen, welche nicht auf den alten Geschäftsformen, sondern auf bloßen Billigkeitsrücksichten beruhen. Es war also das Gebiet der Bereicherungsklagen, welches allmälig erweitert und der Strenge des Rechtes abgerungen wurde und welches daher nicht weiter angenommen werden kann, als uns bezeugt ist.

Durch Beiseitelassung des von der herrschenden Lehre an die Spitze gestellten Satzes erlangt die vorliegende Untersuchung die Möglichkeit einer etwas veränderten, vereinfachten Fragestellung. Die Frage lautet für die einzelnen Fälle: unter welchen Voraussetzungen wird hier der Rückforderungsanspruch gewährt? Während man sonst mit Rücksicht auf die allgemeine Formulirung des Rechtssatzes fragt: warum ist hier die Bereicherung „ungerechtfertigt“? Eine bedeutende practische Bedeutung hätte diese Verschiedenheit dann, wenn man versuchen wollte, bei Beantwortung der Frage nach der ungerechtfertigten Bereicherung von den normalen Fällen auszugehen, wo die Bereicherung gerechtfertigt, ex justa causa ist, um sodann gleich sagen zu können, wann sie es nicht, wann sie sine causa ist. Diesen Gedankengang hat man wol hie und da in den Untersuchungen über *causa* versucht, aber ohne jeden Erfolg, so daß davon nicht weiter zu sprechen ist. Also auch die herrschende Lehre richtet die Untersuchung auf die Fälle, wo die Rückforderung statuirt ist, und dabei macht die Form der Fragestellung keinen großen Unterschied. Aber die hier gewählte dürfte doch an manchem Punkte das Verständnis der Verhältnisse erleich-

tern und mehr der Grundauffassung des Römischen Rechtes entsprechen. Man muß nur berücksichtigen, daß die Geschäfte der Eigentumsübertragung — und die ältesten und wichtigsten Bereicherungsfälle betreffen solche — ohne Rücksicht auf die sonstigen Beziehungen der Parteien, als „abstracte" giltig sind. Das ist zweifellos für die altcivilen Übertragungsarten, kaum bestritten für die Tradition.[1]) Die Eigentumsübertragung ist also eine vollendete Vermögensveränderung, welche erst auf Grund eines besonderen Rechtssatzes rückgängig gemacht werden kann. Nichts liegt dem Römischen Recht ferner, als die Vermögensveränderungen zu controlliren und sie in suspenso zu lassen, so lange Grund und Bedeutung derselben nicht deutlich erhellen. Es fällt ihm nicht ein, dem, der etwas gegeben hat, die Sache wieder in die Hand zu drücken mit der Frage: hast du es wol überlegt, ist es dein Ernst? Wenn nun aus besonderen Gründen gewisse Rückforderungsansprüche gewährt werden, so ist es doch gewiß nicht passend, dieselben auf den Gesichtspunkt des „ungerechtfertigten Erwerbes" zurückzuführen.

Haben wir bisher Tendenz und Ausgangspunkt der Untersuchung im Allgemeinen angegeben, so erübrigt noch über die Behandlung der Einzelpunkte etwas zu bemerken. Die Lehre von den Bereicherungsklagen verzweigt sich in die verschiedensten Rechtsverhältnisse hinein, welche alle der vollständigen Übersicht halber berührt werden mußten. Sie sind aber auch nur soweit berührt worden, als es der Hauptzweck der Arbeit erheischte, breitere Ausführungen über die heterogenen Materien hätten die Einheitlichkeit und Übersichtlichkeit der Untersuchung, auf die es in erster Linie ankam, zu sehr gefährdet. Eingehender Untersuchung aber sind jene Verhältnisse unterzogen worden, bei welchen das Moment des Vermögensüberganges nicht nur neben Vertrag oder Delict oder anderen wichtigen Umständen erscheint, sondern wo es fast als das einzige und wichtigste hervortritt, so daß man bei denselben in hervorragendem Sinne von Bereicherungsklagen sprechen könnte.

Über die Anordnung des Stoffes braucht nur erwähnt zu werden, daß dem historischen Teile die materiellrechtliche Untersuchung in zwei Teilen folgt, von welchen der erste von der zufälligen, ohne den Willen des Verlierenden erfolgten Bereicherung, der zweite von der auf dem Willen des Verlierenden beruhenden Bereicherung handelt. Die genauere Anordnung ist nebst den Resultaten in jedem Teile vorangestellt.

---

[1]) Die Bedeutung der justa causa bei Tradition s. Hofmann, Lehre vom titulus und modus acquirendi 1873. S. 66 flg. 101 flg.

Was die Literatur betrifft, so sind auf Grund der vorstehenden Erwägungen diejenigen Schriften nicht berücksichtigt worden, welche als Ausgangspunkt für die dogmatische Darstellung den Begriff der *causa*, die Frage nach der Berechtigung des Erwerbes nehmen. Als solche wären zu nennen der dogmatische Teil von

Voigt, die condictiones ob causam, 1864,
O. Mayer, Justa causa, 1871,
Lotmar, über Causa, 1877,
Wendt, Reurecht und Gebundenheit, 1, 1878.

Für die historischen Fragen kommen nach den bekannten Ausführungen von Savigny, V, Beilage XIV, vornemlich in Betracht der historische Teil der eben citirten Schrift von Voigt und die treffliche Darstellung von Bekker, Actionen I., Cap. V-VII, neuestens endlich die Schrift von Baron, Abhandlungen a. d. Röm. Civilproceß, I. die Condictionen, 1881, welcher ich bedeutende Förderung und Erleichterung verdanke, wenn ich auch in wichtigen Punkten mit derselben nicht übereinstimme.

Eine vollständige Monografie der Lehre gibt nur Witte, die Bereicherungsklagen des gem. R., 1859. Doch kommen die Darstellungen bei Windscheid, Pandecten II, § 421—429 und bei Brinz, Pandecten II, 2. Aufl., § 300—305, an Vollständigkeit und Genauigkeit, wenn auch nicht an Breite, Monografien gleich.

Die Lehre von der zufälligen Bereicherung ist erst von Witte in der citirten Schrift vollständig und einigermaßen befriedigend zusammengestellt worden. Im übrigen sind einzelne Partien dieser Lehre mehrfach behandelt worden, ich hebe hervor die kurze aber treffliche Schrift von E. Zimmermann, Echte und unechte negotiorum gestio, 1873, und die Controversschriften über die Haftung des gutgläubigen Besitzers auf Herausgabe des Kaufpreises der fremden Sache.

Die Fälle der mit Willen des Verlierenden erfolgten Bereicherung hat zuerst in verdienstvoller Weise behandelt Erxleben, condictiones sine causa, 1850, 1853. Bekannt ist die Anregung und Förderung, welche dieser Teil der Lehre durch Windscheids Theorie von der Voraussetzung erfahren hat. Zahlreiche Bearbeitungen einzelner Punkte sind ihres Ortes zu erwähnen.

I. Historisches.

A. Die Formeln der Condictionen.

1. Die Gestaltung der Intentio.

Über die processuale Gestaltung der Klagen, welche die classischen Juristen als condictiones bezeichnen, ist man trotz des nicht dürftigen Materials noch nicht zur Einigkeit gelangt, allein die Ansichten haben sich doch so gestellt, daß eine Verständigung als möglich erscheint. Es handelt sich um eine Eigenschaft der Condictionsformel, welche dieselbe von allen übrigen Formeln auszeichnet, daß nemlich in derselben nur das Object des Anspruchs, nicht aber sein Rechtsgrund angegeben wird. Man kann diese Eigenschaft passend Abstractheit der Formel nennen. Man ist nun darüber fast einig,[1]) daß die Formel eine abstracte sein konnte, und streitet nur, ob sie es immer sein mußte. Gewiß ist, daß der Tatbestand nicht in einer Demonstratio angeführt wurde, daß also die Formel sofort mit dem si paret begann; fraglich nur, ob die Intentio nicht wenigstens in manchen Fällen den Klaggrund kurz bezeichnete.

Die Gründe für die Abstractheit der Formel sind neuestens von Baron[2]) eingehend dargestellt worden, ich führe sie daher nur kurz an. In allen Fällen, wo die Formel einer Condiction teilweise oder auch mit der offenbaren Absicht der Vollständigkeit angegeben wird, findet sich weder eine Demonstratio, noch die Andeutung der Causa in der Intentio, so besonders in Gai III. 91. IV. 4. 64. J. III. 14 § 1. Ferner ergibt sich aus manchen Umständen, daß die Formel die causa des Anspruchs nicht enthalten haben kann. Hierher wird seit Savigny gerechnet Cicero's Rede pro Roscio comoedo sowol ihrer ganzen Anlage, als auch verschiedenen Äußerungen nach. Ferner der Umstand, daß der Argentarius

---

[1]) Von Dissentienten wäre aus neuerer Zeit nur zu nennen Puntschart, zuletzt in Grünhut's Zeitschr. VI. S. 613 flg. — Buhl, krit. V.=J.=Schr. 24. S. 225 flg., läßt seine Ansicht nicht deutlich erkennen.

[2]) Abhandlungen aus dem Röm. Civilproceß I. § 3. 4. Dazu meine Besprechung in Grünhut's Zeitschr. IX. 633.

auf Grund aller Rechtsverhältnisse, die er mit einer Person hatte, mit einer einzigen Condiction und insbesondere cum compensation klagen mußte.[1]) Dann die Tatsache, daß die Condictionen nicht infamirend sind, quamvis ex famosis causis pendeant.[2]) Endlich auch l. 13 § 2. 12. 2. l. 93 pr. 46. 3, welche beide nur Sinn und Bedeutung gewinnen unter der Voraussetzung, daß die Formel nicht über alle Punkte des Tatbestandes Aufschluß gab.[3])

Während nun einige Autoren die Abstractheit schlechthin annehmen,[4]) behauptet die Mehrzahl, daß auch die Angabe der Causa in der Intentio oder wenigstens eine kurze Andeutung derselben möglich und üblich war.[5]) Die letztere Ansicht ist m. E. durch die eben angeführten Gründe zwar nicht unmöglich gemacht, aber sie ist auch nicht direct zu beweisen.

Das entscheidende Argument für diese Ansicht war offenbar die allgemeine Annahme, daß die actio ex testamento, welche bei dem Legat per damnationem und sinendi modo stattfindet, eine Condictio sei. Aber diese Annahme ist unhaltbar, wie Baron[6]) gut gezeigt hat. Nur einmal wird das Damnationslegat mit einer Condictio in Verbindung gebracht in l. 9. 12. 1, und aus dieser Stelle ergibt sich trotz ihrer sonstigen Schwierigkeiten mit Sicherheit, daß die condictio certi, von welcher allein die Rede ist, nur ausnahmsweise auch bei Legaten stattfindet. Es wird also eine andere Klage als regelmäßige gerade vorausgesetzt. Außerdem ist nicht ein einzigesmal von Condictio, sondern immer nur von act. ex testamento, entweder certa oder incerta die Rede. Und diese Klage hat die Eigenschaft der Litiscrescenz, welche sie von den Condictionen fundamental unterscheidet. Der äußeren Erscheinung nach unterscheidet sich auch die act. ex test. incerta von der c. incerta, wie sogleich zu erwähnen, während bei der act. ex test. certa die Differenz nur in dem eben bei den Condictionen in Frage stehenden Zusatz: ex testamento bestehen würde. Wie könnte man aber selbst bei äußerer Gleichheit trotz dem consequenten Sprachgebrauch der Quellen und trotz der practischen Differenz die beiden Klagen zusammenwerfen?

---

[1]) Gai IV. 64. l. 6 § 3. 2. 13.

[2]) l. 36. 44. 7.

[3]) Hierüber gut Baron a. a. O. S. 40.

[4]) Bekker, Actionen I. S. 102. 111. II. S. 158. A. Pernice, Krit. V.-J.-Schr. X. S. 78. Labeo II. S. 266. Max Cohn, actio de eo quod c. l. 1877. S. 16 u. so fort. Baron l. c.

[5]) S. die Citate bei Baron a. a. O. S. 23, wo beizufügen Rudorff, Ed. perpet., welcher die causa bei c. certi wegläßt, bei c. triticaria beifügt; und Huschke, Darlehn, 1882. S. 200 flg.

[6]) S. 130 flg.

Sieht man aber von der unbewiesenen Identität von act. ex testamento und condictio ab, so verliert die einzige Beweisstelle für die Beifügung der causa ihr entscheidendes Gewicht. Es ist Gai IV. 55:

— si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari — — veluti si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur.

Gewiß ist, daß hier im ersten Glied der Vergleichung bei der act. ex testamento die Causa in der Intentio angegeben gedacht werden muß. Aber in dem zweiten Glied ist das nicht nötig, auf die Formel, die derjenige cui ex stipulatu debebatur, eigentlich hätte anstellen sollen, erlaubt die Stelle gar keinen Schluß. Sie beweist also nur für die Intentio der act. ex testamento und das ist keine Condiction.[1])

Trotzdem aber, daß die Erwähnung der causa bei den Condictionen nicht zu erweisen ist, möchte ich sie nicht für unmöglich halten. Denn es mochten sich doch, wie wir denken können, mannigfache Anlässe bieten, schon in jure über den Klagegrund zu verhandeln. In den normalen Fällen konnte das einleitende Verfahren sehr einfach sein, der Kläger wies den Beklagten bei der editio actionis nur darauf hin, daß er ein gewisses Object zu fordern habe, und auch vor dem Praetor brachte er nur diese Behauptung vor, die nun über Widerspruch des Beklagten in die abstracte Formel gefaßt wurde.[2]) Aber die Verhandlung in jure konnte sich auch complicirter gestalten.

Es konnte Kläger das juramentum necessarium auftragen. Dann kam es zwar nicht zu Iudicium über die Hauptsache, also nicht zu einer volleren Condictionsformel, aber es wurde doch in jure der Klagegrund zur Sprache gebracht, da die Eidesauftragung nicht bei allen Condictionen zulässig war.[3])

Auch wenn Kläger sponsio tertiae partis begehrte, war vielleicht erst Erörterung des Klaggrundes nötig, wenn dieselbe nämlich nicht in allen Fällen der condictio certi angewendet wurde.[4])

Ferner wurde vielleicht im Interesse der Verteidigung des Beklagten manchmal der Kläger zur Darlegung des Klaggrundes vom Praetor genötigt. So etwa wenn Beklagter sich auf einen bereits abgeschworenen

---

[1]) l. 18. 44. 7, die Rudorff citirt, beweist gar nichts, sie hat guten Sinn, auch wenn in den beiden verglichenen Fällen eine abstracte Klage angestellt würde!

[2]) Die practischen Schwierigkeiten dieser Gestaltung konnten bei einfachen Verhältnissen nicht groß sein, wie Baron S. 235. 236 richtig bemerkt.

[3]) Die Verhandlung konnte recht verwickelt werden nach l. 34 pr. 12. 2, wurde aber oft recht summarisch abgetan, wie l. 42 pr. lt. schließen läßt. . . .

[4]) S. Baron: S. 156. 158 und unten über diese Sponsion.

vereinbarten Eid berief, und da derselbe notorisch war, es nicht erst wollte zum Iudicium und der exc. jurisjurandi kommen lassen.[1]) Auch um die Einfügung der Exceptionen zu erleichtern, mochte die Angabe des Klaggrundes dem Beklagten erwünscht sein. Doch ist hervorzuheben, daß auch bei der abstracten Formel die Einschaltung der Exceptionen ganz gut denkbar war, namentlich der in l. 18 § 12. 1 bezeugten exceptio doli. Endlich wurde vielleicht vom Beklagten die Angabe von Einredetatsachen in jure gefordert, damit Kläger die Intentio certa richtig stellen konnte. Genaueres darüber sofort.

Nicht unwahrscheinlich also scheint mir, daß die Angabe des Klagegrundes in besonderen Fällen in jure gefordert wurde und daß dann durch Aufnahme einer Erwähnung desselben in der Formel der allgemeine Umfang der Condictio beschränkt wurde. Und nur auf diese Einrichtung würde ich die schwachen Spuren der Condictionen „expressa causa", wenn solche wirklich anzuerkennen wären, deuten.[2])

Aber wenn sich über diesen Punkt einerseits nichts sicheres sagen läßt, so alterirt er anderseits durchaus nicht den eigentlichen Charakter unserer Klagen. Denn erstens erschöpfen die behaupteten kurzen Zusätze das klägerische Beweisthema nicht vollständig, die Formel bleibt also immer noch teilweise unbestimmt, abstract. Weiter können wir uns wol denken, daß der ursprünglich und regelmäßig abstrakten Condictionsformel vom Praetor aus besonderen Gründen Ergänzungen beigefügt wurden, aber kaum, daß eine regelmäßig den Tatbestand, das Beweisthema enthaltende Formel in einzelnen Fällen auch als abstracte wäre gegeben worden. Wir können also, wenn es beide Arten von Condictionen gab, nur die abstracten als die ursprünglichen vom Civilrecht geschaffenen ansehen.

Die Eigenschaft, welche wir als Abstractheit der Formel bezeichnet haben, unterscheidet die Condictionen von allen anderen obligatorischen Klagen, deren Formel ja stets den gesammten Tatbestand des erhobenen Anspruches, das gesammte Verhandlungsmaterial genau ausspricht. Diese Eigenschaft betrifft also das innerste Wesen der Klagformel und muß daher mit Recht als das Charakteristikon der Condictionen angesehen werden. Es wird sich nun fragen, ob diese Annahme sich mit den in den Quellen enthaltenen Definitionen von condictio verträgt. Diese Definitionen stehen zwar unter einander in Widerspruch, doch kann kaum fraglich sein, daß die in l. 25 pr. 44. 7. Ulp. l. sing. regularum:

---

[1]) Von exceptio jurisjurandi spricht l. 13. § 2, l. 42. pr. § 1. 12. 2.

[2]) Buhl, a. a. O. S. 228. 229 rechnet hierher auch l. 13 § 2. 12. 2. Möglich ist hier die Annahme eines Formelzusatzes, aber gerade diese Stelle beweist dann, daß der Zusatz den Tatbestand nicht so genau bezeichnete, wie etwa die actio furti, da sonst die Mahnung an den Index unnötig wäre.

actionum genera sunt duo, in rem quae dicitur vindicatio, et in personam quae condictio appellatur

geradezu falsch, weil viel zu weit ist.[1]) Die andere Definition lautet bei Gai IV. 5, J. IV. 6. § 15 in gleicher Weise:

appellamus — in personam actiones, quibus dare facere oportere intenditur, condictiones.

Hier ist aber eine doppelte Auffassung möglich, entweder ist als Kennzeichen der Condictionen anzusehen, daß die Worte dare facere oportere überhaupt, wenn auch neben anderen in der Intentio vorkommen, oder aber daß sie allein die Intentio bilden.

Die erste Auffassung hat Bekker[2]) acceptirt und auf Grund derselben einen weiteren Begriff der Condictio angenommen, der auch die act. ex stipulatu und die actiones bonae fidei umfaßt. Allein von diesem weiteren Begriff findet sich sonst nirgends eine Andeutung, vielmehr setzt eine Reihe von Fragmenten die letzteren Klagen in directen Gegensatz zu den Condictionen.[3]) Und darüber, wie diese Klagen zu der Bezeichnung Condictio und in Beziehung zu den eigentlichen Condictionen kommen sollten, wissen wir nicht nur nichts, sondern es ist darüber Bekker selbst nicht einmal möglich gewesen, zur Aufstellung einer annehmbaren Hypothese zu gelangen.[4]) Halten wir uns aber, wie seit Savigny die Meisten, an die zweite Auffassung, so steht die überlieferte Definition vollkommen in Übereinstimmung mit dem, was wir als das Charakteristische der Condictionen ansehen; die Formel enthält, eben weil der Tatbestand darin fehlt, nichts als die Worte: dare facere oportere.

Auf Grund dieser Begriffsbestimmung ergibt sich ferner eine genaue Scheidung der Condictionen, namentlich der condictio incerti, von anderen Klagen, mit welchen man sie häufig verwechselt hat. Die Formel der condictio incerti,[5]) welche uns nicht direct erhalten ist, muß nach dem Gesagten den anderen Condictionen durch den Mangel der Causa ähnlich gewesen sein, dürfte also gelautet haben:

si paret N^m A^o incertum (z. B. quanti habitationem locaturus fuisset) dare oportere, quanti ea res est condemna.

si paret N^m A^o cautionem expositam acceptam facere oportere, quanti ea res est condemna.

---

[1]) Wenigstens für die sonstige Ausdrucksweise der classischen Zeit. Vielleicht wurde in späterer Zeit das Wort in so weiter Bedeutung üblich, da auch Theoph. IV. 6 § 15 diese Definition gibt.

[2]) Actionen I. S. 135. 142. flg. Auch Bechmann, Kauf. I. S. 499.

[3]) S. bei Bekker S. 135.

[4]) S. ihn selbst S. 156 flg.

[5]) Bekker a. a. O. 111. Baron 240.

Halten wir das fest, so liegt der Unterschied dieser Formeln von denen der act. ex stipulatu und der act. praescriptis verbis auf der Hand. Die letzteren geben in einer Demonstratio den Klagegrund an und verweisen in der Intentio auf denselben zurück mit den Worten quidquid ob eam rem dare facere oportet.

Ferner muß sich von der Condictio auch die act. ex testamento unterscheiden, die sowol certa wie incerta sein kann. Nur in der zweiten Gestalt ist die Formel vollständig erhalten in Gai II. 213:

quidquid heredem ex testamento dare facere oportet.

Der Unterschied von der condictio incerti zeigt sich in der relativen Fassung des Klagobjectes und in der Angabe der Causa. Die act. ex testamento certa ist nicht direct überliefert, doch läßt sich annehmen, daß sie gelautet:

si paret N^m heredem A^o ex testamento T^i dare oportere.

Namentlich daß sie den Zusatz ex testamento enthalten, wird sowol aus deren Namen als besonders aus Gai IV. 55 wahrscheinlich.[1]) In diesem Zusatz liegt dann ein äußerer Unterschied von der abstracten Formel der Condictio. Wenn aber auch bei der Condictio ein solcher Zusatz möglich war, ein äußerer Unterschied beider Klagen also nicht stattfand, so ist die Unterscheidung doch gewiß festzuhalten und wäre es ganz unrichtig, wenn man die Condictio als die gewöhnliche Klage für certa legata ansehen wollte. Denn die Classiker haben die Bezeichnung condictio und actio streng auseinander gehalten,[2]) und es findet sich auch nicht einmal, von der besonders zu erklärenden l. 9. 12. 1 abgesehen, für ein Legat eine Condictio angeführt. Vielmehr ist für die Legatsklage die Eigentümlichkeit der Litiscrescenz und des Geständniszwanges bezeugt, was bei den Condictionen ja nirgends vorkommt.

2. Verhältnis von Intentio und Condemnatio.

Die Condictionen unterscheiden sich bekanntlich nach der Formulirung des Objectes des Anspruchs in der Intentio. Condictio certi geht auf eine feste Geldsumme und hat zugleich condemnatio certa. Condictio triticaria gibt in der Intentio certa res an, condictio incerti bezeichnet das Object unbestimmter. Die beiden letzteren aber haben die Aestimationsclausel: quanti ea res est (erit) und deshalb condemnatio infinita. Aber

---

[1]) Zweifel könnte nur Gai II. 244 erregen, wo es für das Damnationsobject heißt: intendere heredem dare oportere. Allein die Intentio sollte hier nur angedeutet, nicht vollständig gegeben werden, wie Baron richtig ausführt S. 132 flg.

[2]) Die wenigen Ausnahmen, wo statt condictio: actio gebraucht ist, s. bei Voigt S. 299 flg.

genau genommen weisen auch die letzteren beiden Formeln einfach und direct auf die Intentio hin, bezeichnen also von vornherein den Inhalt des Anspruchs in bestimmter Weise.

Bei dieser Gestaltung der Formeln läßt sich aus ihnen für die Bestimmung des Inhalts der Ansprüche wenig gewinnen. Nur eine Folgerung für die Beweislast läßt sich daraus ziehen. Der Kläger hat stets nur die Richtigkeit der Intentio zu beweisen und wenn er das hier getan hat, so hat er den Umfang seines Anspruchs bewiesen. Da es nun nicht in Frage steht, daß bei den Bereicherungsfällen der Anspruch sich ursprünglich darauf richtet, was der Beklagte erhalten hat, quod ad eum pervenit, daß also die Intentio darauf abgestellt werden kann und muß, so erhellt, daß Kläger mit dem Beweis des Vermögensüberganges auch den Umfang seines Anspruchs genügend erhärtet hat. Wenn daher bei gewissen Umständen der Erfolg der Klage ein geringerer oder gar keiner ist, so muß angenommen werden, daß der Beweis dieser Umstände als condemnationsmindernder dem Beklagten anheim fällt. Es ist nicht Sache des Klägers, nachzuweisen, daß der Anspruch noch immer unverändert fortbesteht, sondern Sache des Beklagten, die Veränderung desselben zu begründen.

Zu einer wichtigen Frage gibt nun die zweifellose Tatsache Anlaß, daß der Inhalt der Ansprüche bei den Condictionen nicht nur in verschiedenen Verhältnissen ein verschiedener ist, sondern daß er auch in einem und demselben Falle sich verändern kann. Wie verträgt sich das mit der Fassung der Formeln? Ein doppeltes ist möglich, entweder die Fassung der Intentio kann nicht immer auf das Erhaltene gehen, sondern muß eine wechselnde sein, oder aber der Richter muß trotz der engen Fassung der Formeln die Möglichkeit haben, bei gleichbleibender Intentio der Klage einen verschiedenen zu Erfolg verschaffen. Bei condictio triticaria und c. incerti ist die zweite Möglichkeit sehr naheliegend. Die Frage, wie eine Sache bewertet werden soll, macht ein Eingehen auf die Umstände des Falles ohnedies notwendig, und dabei konnte es leicht geschehen, daß die Aestimationsclausel quanti ea res est nicht immer in gleicher Weise behandelt wurde, daß also bei condictio furtiva das Interesse, sonst Sachwert oder Bereicherung in Anschlag gebracht wurde.[1]) Doch die Frage muß für die einzelnen Fälle noch genauer erwogen werden.

---

[1]) Unrichtig ist es, wenn Hefke, Bedeutung der taxatio, 1879, S. 15 auf Grund von l. 8 § 8. 13. 1 der condictio furtiva die Condemnation quanti ea res *unquam plurimi* fuerit, geben will. — Über die wechselnde Behandlung der Clausel: quanti ea res est, vgl. Voigt, J. N. III. S. 114. flg. Brinz, Pand. II. 1. S. 340 flg. — Bei den Condictionen ist die gestellte Frage noch kaum berührt worden, weil man die Verschiedenheit des Erfolges bei gleicher Formel zu wenig beachtet hat.

Bei der condictio certi scheint eigentlich nur die erste Gestaltung möglich, daß Kläger seine Intentio nach dem Schicksale des Anspruchs modificirt. Das wird z. B. dann gewiß notwendig sein, wenn auch Zinsen gefordert werden, etwa bei mortis causa donatio oder bei dos ante nuptias data.[1]) Auf eine andere Gestaltung weist jedoch hin l. 5. pr. i. f. 12. 4:

— — si — sumptus — fecisti, ut manifestum sit te plus forte quam accepisti erogasse, condictio cessabit: sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit, ita tamen ut indemnitas tibi prestetur eius quod expendisti.

Hier ist doch kein Zweifel, daß die Intentio auf die hingegebene Summe sich richtet,[2]) ferner daß der Anspruch einmal ganz, das zweite Mal zum Teile aufgehoben wird, sowie daß der Beklagte die aufhebenden Umstände beweisen muß. Nun müßte eigentlich die Condictio im zweiten Falle wegen Pluspetitio abgewiesen werden, Kläger müßte um Restitution nachsuchen. Das geschieht aber nicht, der Anspruch wird als an sich bestehend angesehen, die Klage als richtig anerkannt, aber dem Beklagten wird doch auch Rechnung getragen. Wie, ist freilich nicht ausgesprochen, aber es muß doch aus der Fassung, condictio locum habebit, ita tamen ut, geschlossen werden, daß der Verurteilung nicht unbedingt stattgegeben, dem Beklagten vielmehr im gegenwärtigen Processe Hilfe geschafft wurde. Dafür spricht hier speciell der Umstand, daß bei Anstellung der ebenfalls zulässigen act. mandati der Beklagte eine Gegenforderung ohneweiters hätte abziehen können. Sollte er dieses Vorteils durch den Kläger mittels der c. certi beraubt werden? Es scheint, daß man das zu vermeiden wußte, freilich ist nicht gesagt wie? Wir können wol nichts anderes annehmen, als daß der Richter ähnlich wie bei den actiones arbitrariae,[3]) ankündigte, er werde verurteilen nur wenn Kläger den Beklagten gleichzeitig schadlos setzt, durch sofortige Zahlung oder wol besser Caution.

Beweist uns nun die citirte Stelle die Möglichkeit dieser Behandlung der condictio certi, wodurch sie der act. arbitraria nahe gestellt wird, so werden wir gleiche Behandlung auch in andern Fällen annehmen dürfen.

---

[1]) Unrichtig ist daher die Ansicht, daß durch condictio certi ein Zinsanspruch überhaupt nicht geltend gemacht werden konnte. Savigny V. S. 141. 142. Windscheid § 424. N. 2.

[2]) Vorher heißt es: procul dubio repetetur id quod datum est.

[3]) S. Brinz, § 300. N. 55: „sollte der Richter auf Restitution (sc. nur des Kaufpreises) ohne exceptio erkannt haben, dann war die condictio in der That eine arbitraria actio.“ — Es wird hier durch das *officium iudicis* derselbe Erfolg, nämlich Wahrung des beiderseitigen Interesses, herbeigeführt, der bei dem Ortsinteresse durch die — freilich fragliche — Formel der act. d. e. q. c. l. ermöglichst werden sollte. S. neuestens Brinz, II. 1 S. 333 N. 30.

Nur dürfte da umgekehrt die Freisprechung nur unter der Bedingung verheißen worden sein, daß Beklagter wenigstens den noch schuldigen Teil der Summe zahle. So etwa, wenn der mortis causa Beschenkte einen Teil des Geldes schuldlos verloren hätte. Hier sprach eine eminente Billigkeit dafür, den Kläger nicht wegen Pluspetitio sachfällig werden zu lassen, dann aber gab es kein anderes Mittel als das erörterte. So waren also auch bei der condictio certi beide Wege gegeben, die Veränderungen der Ansprüche ohne Beschwer eines der beiden Teile zu berücksichtigen.

Bei der condictio triticaria mußte nach der historischen Entwickelung die Intentio stets auf res certa, also auf das Erhaltene direct gerichtet sein. Abzuweisen ist der Gedanke, als hätte bei Untergang des Gegebenen die Klage auf die Aestimation gestellt werden müssen. Daß der Kläger den Anspruch von vornherein so stellen konnte, ist gewiß, aber unwahrscheinlich, daß er gezwungen gewesen wäre, die c. certi statt der ursprünglichen triticaria zu ergreifen. Um so unwahrscheinlicher ist es, daß er dazu gezwungen gewesen wäre, da er doch von den dazu veranlassenden Umständen gar keine Kenntnis zu haben brauchte. Scheinbar deuten auf diese Gestaltung hin l. 8 pr. 13. 1:

> in re furtiva condictio ipsorum corporum competit, sed utrum tamdiu quam extent an vero et si desierint esse in rebus humanis? — — durat condictio aestimationis eius; corpus enim ipsum praestari non potest.

l. 19. 39. 6:

> — — — qui rem quam mortis causa acceperat alii porro dederit; nam donator huic non rem, sed pretium eius condiceret. (Julian.)

Aber daß daraus höchstens eine Möglichkeit der Fassung der Intentio, nicht eine Notwendigkeit gefolgert werden kann, ergeben zwei andere Stellen, l. 3. 13. 1:

> — si hominem mortuum condicat.

l. 37. § 1. 39. 6:

> si quis servum mortis causa sibi donatum vendiderit, — pretii condictionem donator habebit si — hoc elegerit; alioquin et ipsum servum restituere compellitur. (Julian.)

Denn dieselben können nur dahin verstanden werden, daß der Sclave, obwol bereits tot, als Gegenstand der Rückforderung in der Intentio genannt werden konnte.

Was nun die Mehrungen oder Minderungen des ursprünglichen Objectes betrifft, so werden sie berücksichtigt, ohne daß in der Formel davon die Rede war, allein auf Grund der Aestimationsclausel. Das folgt mit Sicherheit aus der eben erwähnten l. 3. 13. 1:

> si condicatur servus ex causa furtiva, id venire in condictionem certum est quod intersit agentis, veluti si heres sit institutus et periculum subeat dominus hereditatis perdendae. item si mortuum hominem condicat, consecuturum ait pretium hereditatis.

Es genügt dieses eine Zeugnis für die Behandlung der Formel überhaupt. Doch sprechen auch andere Stellen für diese Ansicht, so l. 65. § 5. 12. 6:

> ei, qui indebitum repetit et fructus et partus restitui debet deducta impensa.

Denn nach der Stilisirung kann man doch nur annehmen, daß das *repetere* sich nicht auch schon auf die Früchte bezogen hat. Ebenso spricht in l. 37. 32. 1. der ganze Zusammenhang dafür, daß der Anspruch auf die Früchte nicht schon in der Klage selbst erwähnt gedacht ist.

In Bezug auf die Minderung des Anspruchs ist zu beachten l. 26. § 12. 12. 6.:

> et interdum licet aliud praestemus, aliud condicimus: ut puta fundum indebitum dedi et fructus condico, vel hominem indebitum et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes: vel hominem pretiosiorem feci meis sumptibus, nonne haec aestimari debent?

Der dritte Fall weist zweifellos auf einen Vorgang im Aestimationsverfahren hin, die hier gedachte Minderung der Condemnation konnte als auf einem Gegenanspruch des Beklagten ruhend gar nicht in der Intentio berücksichtigt werden. Daher müssen wir auch für die ersten beiden Fälle folgern, daß nur Modificationen des Anspruchs gemeint sind, welche im Iudicium erfolgen und die Intentio nicht berühren.

Bei der Condictio incerti endlich kann die Intentio sich ebenfalls auf das Hingegebene richten, z. B. auf cautionem reddere, possessionem restituere. Und hier müssen wir auch ohne weiteren Beweis der Clausel quanti ea res est condemna die gleiche Wirkung zuschreiben, wie bei der condictio triticaria.

Es kommt hier jedoch auch vor, daß ein einfaches Rückstellen der gemachten Leistung nicht möglich ist, daß also um die Restitution, welche Zweck der Condiction ist, durchzuführen, eine andersartige Handlung gefordert werden muß. Und dann wird diese Handlung als Gegenstand der Forderung in die Intentio aufgenommen. Zwei sichere Beispiele bieten l. 25. § 12. l. 65. § 6. 7. 12. 6, in welchen die c. indebiti bei Leistung von Diensten und bei Gebrauchsüberlassung einer Wohnung besprochen wird. Eine directe Restitution ist an sich unmöglich, kann daher logisch nicht in der Intentio gefordert werden. Beide Stellen enthalten nun den

Gedankengang, da die Aestimation ohnedies später eintreten und etwas anderes an die Stelle des Gegebenen setzen kann, so kann auch gleich von vornherein etwas anderes gefordert werden. Und die Ausdrucksweise der Stellen läßt, wie Baron richtig bemerkt hat, auf die Fassung: quanti paret N. locaturum fuisse schließen.[1]) Ähnlich muß die Fassung gewesen sein bei Condicirung der Leistung, welche in Begründung oder Aufhebung einer Forderung bestand.[2])

Im Anschluß an das eben Ausgeführte ist noch hervorzuheben, daß sich ein consequentes Schwanken im Sprachgebrauch zeigt. Als Object von condicere, repetere, condictio wird teils das in der Intentio genannte, teils das durch das Iudicium zu erreichende bezeichnet. Richtiger und genauer ist jedenfalls die erstere Ausdrucksweise, welche ja auch der Bezeichnung der Condictionsarten zu Grunde liegt, für dieselbe bedürfte es daher kaum weiterer Belege. Doch gibt einen unzweideutigen die citirte l. 3. 13. 1: si mortuum hominem condicat, was sicher nicht auf den realen Effect der Klage, ergo auf die Intentio geht. Für die zweite dagegen sind in den oben besprochenen Stellen Belege enthalten, wenn es da heißt fructus condicere, pretium repetit.[3])

Noch deutlicher ist die Verschiedenheit der Ausdrucksweise bei der condictio incerti. Heißt es doch z. B. in l. 1. pr. 36. pr. von demselben Falle, wo der Erbe irrtümlich Caution geleistet hat, zuerst ut heres condicat liberationem, dann: satisdationem condicere posse. Es wird also einmal der practische Erfolg, die Befreiung, das zweitemal das wirklich Geleistete, die Caution, als Object von condicere gesetzt.[4]) Diese Eigentümlichkeit des Sprachgebrauchs wird bei der Interpretation nicht zu übersehen sein!

---

[1]) S. Baron, S. 229. 230.

[2]) S. z. B. l. 3. 12. 7. l. 2. § 3. l. 35. § 6. 39. 6 und die Citate bei Voigt, S. 338 flg. S. 351 flg.

[3]) Siehe für das erste noch l. 10. 12. 4, für das zweite l. 8 § 2—8. 16. 1 (condicere, quod ei abest), l. 5 § ult. 24. 1, l. 55 eod. (si ei pecunia quatenus res valet, condicatur).

[4]) Andere Beispiele bieten: l. 8. § 2. i. f. 16. 1. c. 6. I. 18. c. un. II. 5 im Gegensatz zu l. 31. 12. 6. l. 1. pr. 12. 7. l. 76. 23. 3 (obligationis constitutae condictio) c. 3. II. 6. c. 2. § 4. IV. 9.

B. Die Entwicklung der Condictionen.

1. Leitende Gesichtspunkte.

Das Material, welches einer Reconstruction der Geschichte der Condictionen zu Gebote steht, ist zwar nicht gerade dürftig, aber so lückenhaft und vieldeutig, daß es wesentlich auf die übrigen Momente der älteren Geschichte des Römischen Rechts ankommen muß, welches Bild man sich aus den vereinzelten Bruchstücken zusammensetzen wird. Nun sind aber gerade jene Partien der Rechtsgeschichte, welche hier einen ergänzenden Anhalt bieten könnten, selbst nichts weniger als unzweifelhaft und klar. Ich hebe nur als die wichtigsten den Übergang zum Formularproceß und die Bedeutung der lex Aebutia, sowie die Entwicklung der actiones bonae fidei und ihr Verhältnis zur legis actio per condictionem hervor.

Bei dieser Sachlage ist es klar, daß eine neue Untersuchung nur insoweit gerechtfertigt ist, als es nötig ist einerseits zur Erklärung der wichtigsten Momente, welche die materiellrechtliche Auffassung beeinflussen können, andererseits zur Kritik der bisher aufgestellten Ansichten. Und in der letzeren Beziehung muß wol mit Entschiedenheit betont werden, daß die neuen Aufstellungen, wenn sie auch mit größter Reserve nur als Vermutungen geboten werden müssen, doch um nichts schlechter gestellt sind, als die älteren. Nicht ein höherer Grad objectiver Wahrheit kommt den letzteren zu, sondern höchstens das subjective Moment der Bekanntschaft und Gewöhnung.

Um aber unseren Ausgangspunkt genau zu präcisiren, sind einige vorbereitende Bemerkungen unerläßlich. Vor allem ist zu beachten, daß die auch hier angenommene Abstractheit der Formel keinen Schluß auf die Anwendung der Klage erlaubt. Denn aus dem Umstand, daß der Klagegrund in der Formel nicht ausgesprochen war, folgt durchaus nicht, daß diese Formel nun bei allen Klagegründen zulässig sein mußte. Es konnte ganz gut eine gesetzliche Regel bestehen, daß die abstracte Condiction ausschließlich die Klage für gewisse Rechtsverhältnisse sei. Dabei verschlägt es gar nichts, daß die Beachtung dieser Regel nicht durch den Praetor, sondern durch den Iudex erfolgen muß und daß derselbe dazu nicht durch den Wortlaut der Formel, sondern nur durch eine Gewissenspflicht genötigt ist.

Ferner handelt es sich bei der Entwicklung der Condictionen um zwei durchaus verschiedene und einander nicht präjudicirende Fragen. Erstens: waren die Condictionen, ihre abstracte Formel vorausgesetzt, in allen Rechtsverhältnissen anwendbar oder nur in gewissen? Zweitens: wie haben sich jene Rechtsverhältnisse zu Klagbarkeit entwickelt, welche durch Condictionen

geltend gemacht werden? Man braucht die beiden Fragen nur so scharf zu formuliren, um ihre Unabhängigkeit zu erkennen. Denn wenn auch die abstracte Condiction für alle Rechtsansprüche anwendbar wäre, so wäre sie doch nur bei Rechtsansprüchen anwendbar. Die Existenz eines solchen muß aber constatirt sein, bevor nach der Anwendung der Condiction zu fragen ist. Und auch an diesem Verhältnis kann es nichts ändern, daß vermöge der Abstractheit der Formel die Frage nach der Existenz eines gesetzlichen Anspruches nicht so deutlich hervortritt und der Richter bei Beantwortung derselben weniger an sichtbare Schranken gebunden ist.

Endlich muß ich mich gleich hier gegen zwei nahe verwandte Ansichten aussprechen, welche auf Grund der Abstractheit der Formel die Entstehung der durch Condictionen zu realisirenden Ansprüche, insbes. der Bereicherungsansprüche zu erklären versuchen. Daraus, daß die Pflicht des Geschworenen, nur das Gesetz anzuwenden, bei der Condictio nicht so deutlich betont war wie bei anderen Formeln, folgert man, daß die Geschworenen in Anerkennung neuer im Gesetze nicht vorgesehener Ansprüche hier sehr bereitwillig gewesen seien. Allein auf Grund der leichteren Möglichkeit, meint man schon, „nicht vergebens wird der Römische Kläger an das Billigkeitsgefühl des Geschworenen, und sei es auch nur eine aequitas asinina, appellirt haben.“ [1]) Aber dieser Folgerung steht alles das im Wege, was wir sonst über die Stellung und Tätigkeit der Iudices wissen. [2]) Dieselben waren doch auch in manchen andereu Punkten nicht durch die Formel beengt und doch spricht alles dafür, daß sie mit Neuerungen nicht so leicht zur Hand waren und überhaupt nicht wie Laien, sondern wie Juristen, weil nach dem Rate solcher urteilten. Ich kann daher bei der Ausbildung der Bereicherungsansprüche einen Einfluß der Praxis nicht zugeben. Denn wenn dieselbe auch von der Theorie der Juristen gestützt und geleitet über den Wortlaut des Gesetzes hinausging, so geschah das eben in der Meinung oder doch dem Vorgeben, das Gesetz selbst anzuwenden. Erweiterung des Gesetzes durch Interpretatio halte ich also für die Quelle der Bereicherungsansprüche, von welcher Entstehungsart sich vielleicht noch einzelne Spuren entdecken lassen. [3])

Noch weniger kann ich zugeben, daß es für die Condictionsfälle gar

---

[1]) Baron I. S. 7.

[2]) Bekker II. S. 163 flg. — Für die conservative Auffassung sind bekannte Zeugnisse die Sorgfalt in der Wahl der Klage und die Inserirung der Exceptionen noch zur classischen Zeit, sowie die Beispiele bei Cicero de off. III. c. XVI flg.

[3]) Ich halte u. a. den Gedanken Voigts (Cond. S. 243 flg. u. J. N. oft), daß die Interpretation gewisse Axiome, constitutiones, (z. B. l. 9. §. 3. 45. 1) aufstellte und zur Basis weiterer Argumentation machte, für richtig. Freilich wäre es nutzlose Spielerei, sich solche Argumentationen ins Detail auszumalen.

keine gesetzlichen Normen gegeben habe, daß die Anerkennung der Ansprüche dem Iudex anheim gestellt gewesen sei. Bekker[1]) nimmt als Vorstufe seiner Condictionsgeschichte einen solchen Rechtszustand für die Zwölftafelzeit an. „Niemand kann abschließend sagen, was zur Zwölftafelzeit solch ein ‚dari oportere' begründete und was nicht." „Die äußere Möglichkeit hiezu lag darin, daß der Iudex durch nichts als sein Gewissen — beschränkt war, als Gründe eines dari oportere anzunehmen, welche er wollte. Schien es ihm, daß die übergegangene res in diesem Falle, wie er vorgetragen worden, den Empfänger verpflichten müsse, so sprach er sein „paret dari oportere". Zu widerlegen ist das ja nicht, aber als unwahrscheinlich muß es gelten, wenn man den Zweck der Zwölftafeln gerade darin suchen muß, die Rechtsprechung einem solchen Gutdünken des einzelnen Richters zu entziehen und seiner Gewissenhaftigkeit an dem Wortlaute der Gesetze eine Stütze und Schranke zu geben auf die Gefahr hin, in vielen Fällen billigen Ansprüchen nicht gerecht zu werden. Unwahrscheinlich ist die vorausgesetzte Schrankenlosigkeit insbesondere bei den politisch wichtigsten Geschäften, den auf Geben von Geld gerichteten, um deren Willen in Rom ja so manche Bewegungen sich erhoben. Die Berufung darauf, daß die Entscheidung über die Behauptung: rem meam esse auch nicht immer dem Gesetze allein entnommen werden konnte, scheint mir nicht beweisend. Gerade hier hatte die Formel die Erwähnung ex jure Quiritium, gerade hier hat das Gesetz Bestimmungen über die wichtigsten Erwerbsarten, Übertragung, Usucapion und wol auch Occupation enthalten. Gerade hier also meine ich, daß der Richter nicht über das Gesetz, wie es eben die Interpretatio verstand, hinausgehen konnte, sondern auch der Billigkeit zum Trotz jeden weiteren Anspruch versagen mußte. Hatten also die Zwölftafeln, wie kaum zweifelhaft, keine Normen über die Bereicherungsfälle, so gab es auch keine Bereicherungsansprüche, so konnte ein gewissenhafter Richter auch die billigsten derselben nicht berücksichtigen.

Auch die Ansicht, daß die Rolle der Bereicherungsklagen im ganzen Rechtsleben eine sehr frühe Entstehung notwendig bedinge, teile ich nicht. Insbesondere kann ein recht entwickelter und nicht „roher", aber strenger Rechtszustand ohne condictio indebiti bestehen. Die Strenge des alten Processes mit seinen Proceßstrafen steht ja geradezu im Widerspruch mit dem Gedanken der condictio indebiti. Meines Erachtens hat erst die Interpretatio und wol nicht viel vor Ciceros Zeit dem Civilrecht die einfachsten der Bereicherungsansprüche abgerungen, erst die kaiserliche Jurisprudenz hat die feineren Fälle berücksichtigt.

---

[1]) I. S. 97. 103.

2) Entstehung der Klagen:

Wenden wir uns nun zur Entwicklungsgeschichte der Condictionen, so haben wir davon auszugehen, daß zwischen den so benannten Klagen des Formularprocesses und der legis actio per condictionem ein enger Zusammenhang bestanden haben muß. Wenn wir das Charakteristische der ersteren in der Abstractheit der Formel erblicken, so liegt es nahe auch für die letztere diese Eigenschaft zu vermuten. Danach würde sich bei derselben das Vorbringen des Klägers auf die nackte Behauptung aio te mihi X dare oportere beschränkt haben.[1]) Diese Vermutung würde nicht nur den Zusammenhang zwischen den Gebilden des Formularprocesses und der Legisactio erklärlich machen, sie würde auch sehr gut mit der weiteren allgemein gemachten Annahme zusammenstimmen, daß die jüngstgeschaffene legis actio per condictionem den übrigen Verfahrensarten gegenüber einen Fortschritt gebracht habe. Ob ein solcher Fortschritt in dem äußeren Vorgange bei der neuen legisactio gelegen habe, darüber läßt sich nun einmal dem verstümmelten Berichte bei Gai. IV. 18 nichts sicheres entnehmen trotz aller gemachten Versuche.[2]) Nach unserer Annahme bestand die Erleichterung darin, daß die Spruchformel der Parteien wesentlich vereinfacht wurde, daß die Angabe des Tatbestandes wegfiel, jener Teil also, der durch die notwendige Anpassung an die den Anspruch sanctionirenden Gesetzesworte nach Gaius Bericht so gefährlich werden konnte.'

Nun erhebt sich aber die Frage, ob diese neue Proceßform nur für eine bestimmte Gattung von Ansprüchen oder für alle obligatorischen Ansprüche geschaffen wurde. Es bedarf kaum der Hervorhebung, daß diese Frage durch die Annahme der abstracten Formel der Legisactio nicht abgetan ist. Es lag, wenn dieselbe nur in gewissen Fällen zuläßig war, die Einhaltung dieser Regel dann nicht dem Magistrat, aber doch dem Iudex ob. Der bekannte Bericht Gai. IV. 19:

> haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re,

hat beide Auffassungen erfahren und läßt beide zu. Bekker[3]) behauptet zwar: „Gaius muß ungezwungen dahin verstanden werden, daß die lex Silia Eine Condiction für jede Forderung auf certa pecunia, die lex Calpurnia eine zweite für jede andere res certa eingeführt hat." Allein das ist

---

[1]) So Bekker S. 100. 102. Baron 188.

[2]) Neuestens Baron, S. 206 flg. Ebensowenig Ausbeute gibt das bekannte nulla autem actio ad fictionem l. a. p. c. exprimitur, worüber Baron S. 216 flg.

[3]) Act. I. S. 100, gleicher Ansicht Baron. Huschke: Darlehn S. 204.

nicht richtig. Ebenso ungezwungen kann man annehmen, daß Gaius mit den citirten Worten nur den Unterschied der beiden Gesetze andeuten wollte, während er die genaueren gemeinsamen Bestimmungen derselben schon früher, wo er zuerst von dieser Legisactio sprach, angeführt hat und vernünftigerweise anführen mußte. Das argumentum a silentio aus den citirten Worten ist umsoweniger ein sicheres, als Gaius auch bei der legis-actio sacramento IV. 13 und bei der per manus injectionem IV. 21, das Anwendungsgebiet an erster Stelle bespricht.

Sowenig wie aus dem Text selbst läßt sich aus anderen Umständen eine sichere Entscheidung gewinnen. Man hat für diese Frage sowol die Anwendung der sponsio tertiae partis bei pecunia credita zu verwerten gesucht, als auch die allgemeine Zulässigkeit der condictio certi in allen Fällen, wenn der Kläger seinen Anspruch im Voraus selbst taxiren will. Beide Punkte müssen unten eingehend besprochen werden, lassen aber, wie hier gleich erwähnt sei, einen sicheren Schluß auf unsere Frage nicht zu. Immerhin scheinen mir folgende Erwägungen mehr für die beschränkte Anwendung der Legisactio zu sprechen. Nimmt man wie wol nicht anders möglich an, daß später die Condictionen, namentlich die condictio triticania nur bei bestimmten Rechtsverhältnissen zulässig waren, so ergibt sich die Frage, wie es denn zu dieser Beschränkung hätte kommen sollen, nachdem ursprünglich die Legisactio, aus welcher diese Klagen sich entwickelt hatten, allgemein anwendbar gewesen wäre? Ich sehe nirgends einen Anhalt, einen solchen Vorgang sich irgend wie plausibel zu machen. Bekker scheint über die Schwierigkeit zu leicht hinwegzugehen mit der Erwägung: „Die Formeln auf dare oportere waren früh in den gerichtlichen Gebrauch gekommen, die Gerichtspraxis hat über den Umfang ihrer Anwendbarkeit entschieden.“ [1]) Darin dürfte man kaum eine Erklärung finden, selbst von dem oben bereits zurückgewiesenen Standpunkt aus, daß die durch legis-actio per condictionem einzuklagenden Ansprüche nicht gesetzlich, sondern nur gewohnheitsmäßig bestimmt gewesen seien. Spricht diese Schwierigkeit gegen die allgemeine Anwendung, so spricht für die beschränkte noch die Erwägung, daß damit den genannten zwei Gesetzen ein geringerer Inhalt, eine engere keineswegs epochemachende Bedeutung beigelegt wird. Es dürfte dies mehr dem sonst bekannten Entwicklungsgange des Römischen Rechts entsprechen, welcher sich durch die allmälige Erweiterung der an einzelnen Punkten gemachten Fortschritte kennzeichnet.

Gehen wir von der Annahme, daß legisactio per condictionem nur für bestimmte Fälle eingeführt worden ist, weiter, so lassen sich darüber, welches diese Fälle waren, schon festere Anhaltspunkte gewinnen. Es ist

---

[1]) S. 142.

nemlich unverkennbar, daß in dem gesammten Quellenmaterial die Condictionen in enger Verbindung mit dem als creditum bezeichneten Geschäfte stehen, und es drängt sich die Annahme auf, daß die neue Legisactio eben für diese Geschäfte geschaffen wurde. Namentlich spricht dafür, daß die der lex Silia entstammende condictio certi technisch auch als actio certae creditae pecuniae bezeichnet wird. S. den Nachweis bei Voigt S. 259 Anm. 196. Doch bedarf diese Ansicht der Präcisirung. Unter creditum verstehen die classischen Juristen sowol Hingabe von fungibler Sache mit der Pflicht gleichviel zurückzugeben, als auch die Gabe nicht fungibler Sache mit der Pflicht dieselben Sachindividuen zu restituiren, außerdem aber andere Fälle [1]), ubi tum cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri. Aber es ist nicht anzunehmen, daß das Wort schon ursprünglich eine so weite Bedeutung, welche den Begriff des Vertrauens ganz vernachlässigt, gehabt hätte. [2]) Vielmehr dürfte die weitere Bedeutung erst allmälig sich gebildet haben, durch das Bestreben, auch die später hinzugekommenen Anwendungsfälle der condictio certi, insbesondere die Anwendung bei allen, nicht blos den Darlehnsstipulationen über certa pecunia zu rechtfertigen, sowie die Einreihung der verschiedenen Fälle in den Edictstitel de rebus creditis sich zu erklären.

Wir werden also dahingedrängt die zwei Gesetze nur auf eine Gruppe der später unter den Begriff *creditum* gezwängten Fälle zu beziehen. Und da spricht die größte Wahrscheinlichkeit für die Fälle der Hingabe fungibler Sachen, für das Darlehn. [3]) Es kommt in Anschlag die besondere politische Wichtigkeit dieser Geschäfte, sowie daß für dieselben die Condictionen die ausschließlichen Klagen waren.

Nur ein Bedenken ist noch zu beseitigen. Die *lex Calpurnia* würde nämlich noch Gaius Bericht Rückforderungsansprüche auf alle Arten von Sachen betroffen haben, doch spricht mancherlei für die Annahme, daß auch sie ursprünglich nur Rückforderung fungibler Sachen, also blos Darlehnsfälle im Auge gehabt hat und erst durch Interpretation weiter ausgedehnt worden ist. Für diese Annahme hat man schon oft den Namen der condictio triticaria und zwar mit Recht ins Feld geführt. [4]) Viel wichtiger aber scheinen mir folgende zwei Punkte zu sein. Ähnliche interpretative Er=

---

[1]) Gai. III. 124. l. 1, §. 1. l. 2, §. 5. l. 6. 12. 1.

[2]) vgl. Demelius, Zsch. f. R. Gesch. II. S. 234 flg.

[3]) Dieser Ansicht ist außer Savigny auch Voigt S. 258, Puchta Inst. I. 476. Rudorff C. P. unklar, wenigstens stellt er dieselbe unter die Zinsgesetze S. 47.

[4]) Voigt 260. Bekker 101. Huschke 204. S. bes. die Theophilus entnommene Notiz der Basiliken. 24. 8. l. 7.

weiterungen finden wir wiederholt, so bei der lex Cornelia de sponsu nach Gai. III. 124:

> appellatione autem pecuniae omnes res in hac lege significantur; itaque si vinum vel frumentum aut si fundum vel hominem stipulamur, haec lex observanda est.

Denn das ist ja klar, daß das Gesetz selbst nicht *pecunia* im Sinne von omnis res gebraucht hat, sondern daß hier einfach eine erweiternde Interpretation vorliegt. Gleiches gilt für das Edict de pecunia constituta, auch dieses wurde für anwendbar erklärt auf alle Arten von Ansprüchen ohne Rücksicht auf den Gegenstand, obwol es nur auf pecunia und nur auf pecunia credita gelautet hat.[1]) Endlich dürfte die Auftragung des notwendigen Eides hierher zu stellen sein, worüber l. 34, pr. 12. 2. sagt:

> jusjurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet; etiam de operis jusjurandum deferri potest,

während doch anzunehmen ist, daß das Edict ihn nur für certa pecunia credita eingeführt hat.[2])

Zweitens finden sich noch in der Compilation deutliche Spuren, daß die condictio triticaria zunächst nur für fungible Sachen bestimmt war.

> l. 1 pr. de cond. triticaria: — et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, si *quae sint praeter numeratam pecuniam*[3]) *sive in pondere sive in mensura constent.* sive mobiles sint sive soli (quare fundum quoque per hanc actionem petimus etsi vectigalis sit) sive jus stipulatus quis sit (veluti usumfructum vel servitutem utrorumque praediorum).

Wie käme Ulpian dazu bei der Anwendung unserer Klage der fungiblen Sachen an erster Stelle zu gedenken und in so prägnanter Weise durch Nebenstellung des Geldes, wenn sie einfach bei allen Sachen anwendbar gewesen wäre. Wird doch der Begriff res certa in l. 74, l. 75. 45. 1. in ganz anderer Weise definirt. Nach der hier gemachten Annahme erklärt sich auch der ganze Zustand unserer Stelle, die zu manchen Bedenken Anlaß gibt. Ulpian muß von der ursprünglichen Anwendung bei res quae pondere mensura constant zuerst gesprochen, dann der weitern Ausdehnung derselben auf omnes res certae gedacht haben, sowie wahrscheinlich auch der condictio incerti. Die Redactoren aber haben das Historische einfach gestrichen und an die erste Regel (generaliter dicendum est) einige Beispiele aus der Erörterung des zweiten Punktes beigefügt.

---

[1]) S. Bruns Zschr. f. R. Gesch. II. S. 49.

[2]) Dafür bes. Paul. S. R. II. 1. S. Rudorff. E. P. II. S. 83.

[3]) Vgl. J. II. 4. §. 2: quibus proxima est pecunia numerata.

Freilich ist die Redaction so unklar, daß eine Einigung über den Sinn der Worte kann zu erwarten ist. Ich habe meine Ansicht, für welche das Zeugnis der Basiliken spricht,[1] in der von Mommsen abweichenden Interpunction angedeutet. Danach werden auch Emphyteuse und Servituten als Object der condictio triticaria zulässig erklärt.

Dafür, daß die fungiblen Sachen bei unserer Klage eine besondere Rolle spielen, zeugt ferner die Rubrik der Basiliken 24 8; welche der condictio ex lege de omni re eine c. triticaria de rebus quae numero pondere constant entgegenstellt. Eine Änderung zu einem besonderen Zwecke ist gewiß nicht naheliegend, es manifestirt sich hier blos eine über die Digesten hinaufreichende historische Kenntnis.

Ich meine also, daß Gaius, wenn er von omnis certa res spricht, den Inhalt des Gesetzes nicht nach dem Wortlaut, sondern nach der Auffassung der späteren Interpreten angibt, wie er ja auch bei der lex Cornelia III. 214 so spricht als wäre die Bestimmung schon durch das Gesetz selbst statt auf pecunia, auf alle Sachen gegeben gewesen. Danach halte ich also die lex Silia et Calpurnia für zwei engverwandte und wol bald nacheinander erlassenen Gesetze, welche für Darlehnsfälle eine vereinfachte Procedur eingeführt haben. Den Zeitpunkt ihrer Entstehung, über welchen nicht der geringste innere Anhalt vorliegt, würde ich dann mit Rudorff[2]) in die Zeit nach Erleichterung der Nexumschulden und nach der Münzregulirung der lex Silia setzen.

Im Anschluß hieran ist noch der sponsio tertiae partis zu gedenken. Die Nachrichten darüber sind so unklar und beiläufig, daß zu Zweifeln reichlich Raum bleibt. Ihre Anwendung ist nur für die actio certae creditae pecuniae und da nur als facultativ bezeugt bei Gaius IV. 13. 171. Daß sie nicht prätorischen Ursprungs ist, folgt daraus, daß Cicero pro Roscio sie sponsio legitimae partis nennt. Man hat daher allgemein vermutet, daß sie schon bei der legisactio per condictionem vorgeschrieben und durch die lex Silia eingeführt sei. Natürlich aber muß sie im Legisactionenproceß obligatorisch und erst später durch den Praetor dem Belieben der Parteien freigestellt worden sein. Nur Baron[3]) hat in Betreff der Entstehung widersprochen, aber ohne genügende Begründung und ohne etwas haltbares an die Stelle zu setzen. Wir wissen von keinem anderen Gesetze, welches diese Bestimmung getroffen hätte, und es nicht wahrscheinlich, daß

---

[1]) Bes. 24. 8. l. 7. nach Heimbach; — de ceteris vero rebus omnibus triticaria, sive mensura sive pondere constent: sive mobiles sint sive immobiles: sive in jure consistant, veluti ususfructus et servitutes et emphyteusis.

[2]) C. Pr. I. S. 47.

[3]) a. a. O. S. 186, s. dort A. 2 die Literatur.

später erst eine Erschwerung des Processes durch die hohe Proceßstrafe eingeführt worden wäre, da doch die Entwicklung eher auf Beseitigung der Proceßstrafen geht. Baron's Begründung, daß die Sponsion nur bei pecunia credita bezeugt, die lex Silia aber schlechthin auf certa pecunia gerichtet gewesen sei, ist eine Petitio principii, da ja gerade der Umfang jenes Gesetzes in Frage steht. Daher wurde auch oben die Sponsio nicht als entscheidendes Argument für unsere Ansicht angeführt.

Fraglich ist ferner, ob diese Sponsion auch bei den übrigen Condictionen eingeführt war.[1]) Gaius spricht beidemale nur von der actio certae creditae pecuniae, aber er scheint auch nur exemplificativ zu zu sprechen, wie das veluti schließen läßt. Aus der lex Rubria cap. 22, — — aut, si sponsionem fieri oportebit, sponsionem non faciet, ist nichts anderes zu entnehmen, als daß die Sponsio nicht bei allen anderen Klagen außer der in cap. 21 besprochenen act. c. cr. p. stattfindet. Ob bei den anderen Condictionen das eine oder andere der Fall ist, bleibt unberührt. Man kann also die Verneinung nur auf das Schweigen der Quellen stützen; für die allgemeinere Anwendung der Sponsio dürfte aber folgendes sprechen. Die sponsio dimidiae partis bei dem Constitut wurde wol wie das Constitut selbst auch auf andere als fixe Geldansprüche ausgedehnt. Freilich schweigen die Quellen auch hier über die Sponsion, aber es bedürfte doch besonderen Nachweises und Anhalts, um anzunehmen, daß bei der Ausdehnung des Constituts an den Regeln desselben etwas geändert worden sei. Nun scheint aber, wie Bruns[2]) treffend bemerkt, die prätorische Sponsio beim Constitut in enger Beziehung zu stehen zu der gesetzlichen sponsio tertiae partis der Condictionen, sie kann als eine Erweiterung und Verschärfung der letzteren angesehen werden. Dann aber wird man so gut wie bei dem Constitut auch bei der Condiction die allgemeinere Anwendung der Sponsio auch bei Ansprüchen, die nicht auf Geld gehen, für das wahrscheinlichere halten.

Übrigens interessirt uns die Frage nur insofern, als die Nichtanwendung der Sponsion bei c. triticaria in classischer Zeit einen Schluß erlauben würde auf die verschiedene Natur der beiden oft erwähnten Leges. Allein zwingend wäre dieser Schluß in keinem Falle, da es ja auch möglich wäre, daß der Praetor im Laufe der Zeit die Sponsion bei der c. triticaria ganz beseitigt hätte, sogut als er sie bei der c. certi in das Ermessen der Parteien gestellt hat.

---

[3]) Darüber Wieding, Libellproceß S. 648. Bekker I. S. 260.
[1]) Zschr. f. R. Gesch. I. S. 49.

Die Entstehung der condictio incerti liegt völlig im Dunkel, nur das Eine ist als sicher anzunehmen, daß sie nicht durch dieselben Gesetze geschaffen wurde wie die beiden anderen Klagen. Ob sie nun ihre Einführung dem prätorischen Album oder blos der Theorie der Juristen verdankt, ist nicht zu entscheiden, da wol beides denkbar ist. Auch das ist kaum zu beantworten, ob sie als selbständige Klage oder als Unterart der condictio triticaria angesehen wurde.[1]) Doch dürfte das letztere eher wahrscheinlich sein, weil in den Pandecten jede directe Erwähnung derselben weggelassen werden konnte, und weil dieselbe von den Juristen im Anschlusse an die c. triticaria dürfte behandelt worden sein. Denn in l. 2. 13. 3 ist von der Rückforderung des Besitzes die Rede, insbesondere aber wird in l. 1. cit. als Beispiel der cond. triticaria genannt

— sive si jus stipulatus quis sit, veluti usufructum,

und der Ususfructus ist doch unmöglich res certa.[2])

Was den Zeitpunkt der Einführung betrifft, so finden sich zur Bestimmung desselben einige Anhaltspunkte. Bei Julian, Pompon, Celsus ist die Klage sicher bezeugt in l. 2. §. 3. 39. 5. l. 3. 12. 7. l. 5. §. 1. 19. 1. l. 26. §. 12. 12. 6. Aber Sabinus, Proculus und auch Aristo dürften sie noch nicht gekannt haben. Denn aus l. 7. pr. 7. 5 (Ulp.)

> si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare et si objiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit; sed et ipsa stipulatio condici poterit.

ergibt sich mit Sicherheit, daß Proculus von der Condiction der Stipulation nicht gesprochen hat, und daraus die Vermutung, daß er sie nicht gekannt hat.[3]) Und die gleiche Argumentation ergibt sich Sabinus gegenüber aus l. 5. §. 1. 7. 5. Ulp. ad Sab., wo dessen Ansicht zwar für die Condicirung der zu Quasiususfructus hingegebenen Sache, nicht aber für die condictio cautionis citirt wird.

Für entscheidend aber halte ich l. 16. §. 2. de minor. 4. 4. Ulp.:

> cum — haec (sc. minor) cavisset se restituturam, Aristonem putasse in integrum restituendam: sed et illud Pomponius adiecit quod potuit incerti condici haec cautio etiam a maiore; non enim ipso jure sed per condictionem munitus est.

Da nemlich, wie Ulpian gerade im Eingang dieses Fragmentes ausspricht, die Restitution nur dort zu gewähren ist, wo nicht schon ein ordentliches Rechtsmittel den Minderjährigen schützt, so liegt darin, daß Aristo

---

[1]) Für letzteres Savigny V. S. 627.

[2]) Vgl. l. 75. §. 3. 45. 1.

[3]) So auch Voigt S. 357.

die Restitution ausspricht, der Beweis, daß er die Condicirung der unnötig geleisteten Caution nicht gekannt hat, während Pomponius auf dieselbe corrigirend hinweist.

Das gleiche Verhältnis zwischen Aristo und Pompon erhellt auch aus l. 21. 36. 1:

> heres cum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit nec cavit sibi stipulatione proposita.' similem eum esse Aristo ait illis qui retentiones, quas solas habent, omittunt. sed posse eum rerum hereditariarum possessionem vel repetere vel nancisci et adversus agentem doli mali exceptione uti posse eum et debitoribus denuntiare ne solveretur.

Freilich könnte man aus der indirecten Redeweise des Schlusses der Stelle glauben, derselbe gebe noch die Ansicht Aristo's wieder. Bei dieser Auffassnng aber würde die Entscheidung des Schlußsatzes mit dem vorhergehenden in Widerspruch stehen, denn durch Aristo's Hinweis auf die Versäumung der Retention ist ja klar ausgedrückt, daß er dem Erben jedes Rechtsmittel absprach. Der Schlußsatz enthält also wieder die Ansicht von Pomponius, aber für unsere Frage wird die Stelle von Bedeutung, weil aus l. 3. §. 10. 35. 3. mit Sicherheit folgt, daß Pomponius auch die condictio cautionis hier für zulässig gehalten hat. Das ist zwar in der vielleicht geänderten Fassung unserer Stelle in der Compilation nicht mehr sichtbar, doch soviel scheint doch klar, daß Aristo die Condiction nicht zugelassen hat.

Ferner hat bereits Bruns[1]) ausgeführt, daß die condictio possessionis erst in der Zeit nach Labeo und Sabinus zugelassen worden ist, was hervorgeht insbesondere aus l. 2. 13. 3. l. 25. §. 1. 47. 2.

Auch daran ist zu erinnern was oben erwähnt wurde, daß nach l. 26. §. 12. 12. 6. die freieste Anwendung der condictio incerti bei geleisteten Diensten, wo gleich die Bewertung derselben in die Intentio gesetzt wird, erst von Celsus vielleicht gegen Julians Ansicht zugelassen wurde.

Unserer Ansicht, daß die condictio incerti erst gegen die Zeit der Julianischen Edictreform eingeführt worden ist, könnte nur als Bedenken entgegenstehen, daß viele und wichtige Verhältnisse so lange schutzlos geblieben wären. Allein es ist nicht zu vergessen, daß die condictio certi auf Grund der Selbstschätzung des Klägers in allen Condictionsfällen zulässig war.[2]) Es waren also höchstens jene Fälle ganz schutzlos, wo ein Liberationsanspruch kein pecuniäres Interesse, sondern nur einen proces-

---

[1]) Besitzklagen. S. 198.

[2]) Die Erörterung über diese Frage folgt sofort.

sualen Vorteil verfolgte, der nicht schätzbar war. Außerdem ist es denkbar, daß die Jurisprudenz den Begriff der res certa so weit als irgend möglich ausgedehnt hatte, um die Anwendbarkeit der c. triticaria zu begründen, während später die c. incerti wieder erlaubte, jenen Begriff auf seinen natürlichen Umfang einzuschränken. Daraus würde sich vielleicht das Schwankende des Begriffs res certa in den Quellen erklären. Und endlich ist zu erwähnen, daß man bei Aufhebung einer vollzogenen Acceptilation nicht blos in integrum restitutio, sondern auch direct eine Condiction auf das ursprüngliche Forderungsobject gestattete[1]) — eine Entscheidung, die auch nach Einführung der condictio incerti beibehalten wurde, weil sie einfacher war und die zweite Klage aus der restituirten Forderung ersparte.[2])

Sonach bedeutete die Einführung der c. incerti nicht etwa eine große materiellrechtliche Neuerung, sondern nur eine processuale Verbesserung und Vereinfachung, und in dieser Eigenschaft wird man kein Bedenken tragen, sie erst später eintreten zu lassen.

3. Anormale Anwendung der condictio certi.

Wir haben nun festzustellen, was über die Anwendung der Condictionen überliefert ist, und werden diese Erörterung am besten mit jenem Falle beginnen, der am meisten erörtert, aber noch nicht ganz sichergestellt ist, mit der allgemeinen Anwendung der c. certi auch bei Ansprüchen, welche nicht auf eine bestimmte Geldsumme gehen, wo also das *certum* durch Selbstschätzung des Klägers erzielt werden muß. Daß die c. certi in dieser ihrer eigentlichen Natur nicht entsprechenden Weise angewendet worden ist, dafür sprechen einige Pandectenfragmente und mit größter Entschiedenheit die zu diesen Fragmenten gehörigen Basilikenscholien. Daher müssen diejenigen, welche die fragliche Anwendung der c. certi leugnen, sowol die Pandectenstellen weginterpretiren, als auch das Zeugnis der Basiliken durch die Annahme beseitigen, es sei das Selbstschätzungsrecht des Klägers behufs Anstellung der c. certi eine postjustinianische Neuerung, die nur von den Scholiasten in die Pandecten hineingetragen wird. In beiden Richtungen aber sind alle Bemühungen vergeblich.

Die Hauptstelle ist l. 9. pr. § 1. 2. 12. 1. Ulpian ad Ed:

> certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex

---

[1]) l. 10. 12. 4. Javolenus.

[2]) l. 24. 39. 6 (African) l. 35 §. 6 cod. (Paul) l. 8. §. 8. 16. 1. (Ulp.) — non erit igitur actio utilis necessaria, cum condictio competat.

incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio. — §. 1. competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia. sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur. sed et si ex senatus consulto agetur, competit haec actio, veluti si is cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet. — §. 3. quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit sive re fuerit contractus factus sive verbis sive conjunctim, referendae sunt nobis quaedam species, quae dignum habent tractatum an haec actio ad petitionem eorum sufficiat.

Den allgemeinen Ausspruch des Eingangs beseitigt man, indem man den Nachdruck auf die Worte legt: ex omni causa ex qua certum petitur und das *petitur* als gleichbedeutend setzt mit *peti potest*. So enthält der ganze Satz blos die Tautologie: die c. certi kann in allen Fällen angestellt werden, wo sie eben angestellt werden kann. Bei den Beispielen, die angegeben werden, macht man nun dieselbe einschränkende Unterlegung, man bezieht sie auf jene seltenen Fälle, wo zufällig eine bestimmte Geldsumme das Object der genannten Ansprüche bildet, wo also eine Geldsumme legirt oder gestohlen worden ist oder wo in der restituirten Erbschaft sich eine c. certi befindet. In Betreff der lex Aquilia denkt man entweder an irgend einen Fall, wo durch die Sachbeschädigung ein Schaden von festem Geldbetrage entstanden ist, etwa durch Zerstörung eines Schuldscheines, oder aber an das zweite Capitel dieses Gesetzes, das allerdings häufig Fälle von Geldschulden betreffen kann.[1])

Mit der gleichen Unterstellung beseitigt sich auch l. 28. § 4. 12. 2:

exceptio jurisjurandi non tantum si ea actione quis utatur cuius nomine exegit jusjurandum, opponi debet, sed etiam si alia, si modo eadem quaestio in hoc judicium deducatur, forte si ob actionem mandati negotiorum gestorum societatis ceterasque similes jusjurandum exactum sit, deinde ex eisdem causis *certum* condicatur.

Man nimmt einfach an, der Jurist hätte nur an solche Fälle gedacht, wo aus Mandat, Societät, negotiorum gestio und den übrigen ähnlichen Verhältnissen sich gerade ein Anspruch auf eine bestimmte Geldsumme ergibt.

Aber auch diese Interpretation hilft nicht gegen das Zeugnis von l. 17. § 2. 25. 2:

non solum eas res quae extant in rerum amotarum judicium venire Julianus ait, verum etiam eas quae in rerum natura esse desierunt: simili modo etiam *certi condici* eas posse ait.

---

[1]) S. besonders Savigny. V. S. 579 flg. Heimbach. S. 84 flg.

Daß mit der a. rerum amotarum die c. furtiva oder c. ob iniustam causam concurrirt, ist nur natürlich, aber die Stelle nennt auch die c. certi; man könnte meinen, es handle sich nur um die untergegangenen Sachen und da gehe die Condictio auf ihren Wert und werde darum c. certi. Aber wo ist der Nachweis, daß die c. furtiva durch Untergang der Sache zur c. certi wird? Es ist oben nachgewiesen, daß auch bei Untergang der Sache diese selbst in der Intention genannt werden kann, es mußte so sein, denn wie ungerecht wäre es gewesen, dem Bestohlenen dieses Zufalles wegen die Gefahr der Pluspetitio und der Sponsio tertiae partis aufzulegen. Die c. certi läßt sich also hier auf keine andere Weise erklären,[1]) ist daher ein unwiderlegliches Zeugnis für die allgemeine Zulässigkeit dieser Klage.

Gesetzt nun, es wären bei den angeführten Stellen beide Auffassungen gleich gut möglich, so müßte die von den Basilikenscholiasten zu allen drei Stellen einmütig ausgesprochene Ansicht als ein wenn auch nicht sofort entscheidendes, so doch nicht unwichtiges Argument angesehen werden, da ja die älteren dieser Autoren, z. B. Stephanus, der hier in Betracht kommt, zweifellos noch aus anderen Quellen schöpfen konnten, als welche uns zu Gebote stehen. Beseitigen kann man dieses Zeugnis durch die Supposition, daß die Scholiasten sich entweder ein Mißverständnis zu Schulden kommen lassen, oder aber daß sie absichtlich unrichtig interpretiren. Das erste ist noch nicht behauptet worden, es wäre auch sehr unwahrscheinlich, doch soll später noch die Rede davon sein. Das zweite hat man allerdings behauptet, indem man annahm, daß die allgemeine Zulassung der c. certi auf Grund der Selbstschätzung des Klägers eine postjustinianische Neuerung sei, welche von den Scholiasten dann an passende Pandectenstellen angeknüpft wurde. Von Beweis für diese Behauptungen findet sich aber nicht die Spur. Denn Heimbach argumentirt einfach so:[2]) die Ansicht der Scholiasten, daß „die Römischen Juristen überhaupt die Selbstschätzungstheorie bei jeder Obligatio auf ein incertum angenommen haben", ist entschieden falsch, sie findet ihre vollständige Widerlegung in der richtigen Interpretation der *l. 9 cit.* Und Voigt verweist[3]) auf „die vortreffliche Darlegung von Heimbach." Also gewinnen wir hier nichts für die Erklärung der Pandectenstellen, vielmehr müssen diese noch die Basis für die Beurteilung der Scholien abgeben. Fällt diese Basis wie gezeigt weg, so fehlt jeder Anhalt und nur weil man das Selbstschätzungs-

[1]) Heimbach, S. 104, kommt freilich auch mit dieser Stelle leicht zurecht, da er *certum* gleich omnis certa res versteht!

[2]) S. 118, die Ausführungen sind übrigens nichts weniger als klar.

[3]) S. 819. — Auch Huschke, Darlehen S. 219. N. 2 gibt keine weiteren Beweise.

recht für die classische Zeit nicht annehmen will, muß es eine spätere Erfindung sein.

Aber diese Behauptungen sind nicht nur unbewiesen, sie sind auch unwahrscheinlich, denn welche practische Bedeutung sollte die neueingeführte Einrichtung im justinianischen Processe haben? Durch den Wegfall der Trennung des Verfahrens in jure und in judicio war, wie die Bedeutung der Klagformeln überhaupt, so besonders die der Condictionen, der abstracten Klagformeln geschwunden. Es war ferner das Princip der Geldcondemnation aufgegeben, das in classischer Zeit noch eine Anknüpfung für das Selbstschätzungsrecht gewähren konnte und das System der Naturalexecution vollständig durchgeführt. Es hätte also nicht ein processualer, sondern ein materiellrechtlicher Grund sein müssen, welcher dazu bewogen hätte, dem Kläger eine Umwandlung eines Anspruches in Geld zu gestatten. Ein solcher Grund ist aber ganz unerfindlich; wie hätte man zu jener Zeit eine solche Verfügung treffen können, wo der allgemein herrschende Geldmangel zu gerade entgegengesetzten Verfügungen, zu den bekannten Bestimmungen über *datio in solutum* gedrängt hatte![1])

Entscheidend gegen die Wegleugnung der allgemeinen c. certi ist endlich Cicero's Rede pro Roscio Com.[2]), deren zweiter Teil nur verständlich wird bei der Annahme, daß Kläger sich auch auf die Societät gestützt und auf Grund derselben die Hälfte des von Roscius erhaltenen Landgutes beansprucht hat. Und doch ist die c. certi auf 50000 Sesterzen angestellt worden.

Erwähnen wir noch, daß ernstliche Bedenken gegen das Selbstschätzungsrecht des Klägers durchaus nicht existiren, wenn man nicht etwa auf l. 37. 50. 16. Paul l. 26 ad Ed.:

> verbum ‚oportere‘ non ad facultatem judicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur,

sich berufen will. Aus dem Zusammenhang gerissen, wie die Stelle überliefert ist, läßt sie verschiedene Deutungen zu[3]) und es ist wol nicht zu ermitteln, was der Jurist damit sagen wollte. Sie kann also für sich allein gar nichts beweisen, läßt sich aber sogar ganz gut in unserem Sinne verwenden, wenn wir sie direct auf den vorliegenden Fall beziehen; sie sagt dann: in der auf Selbstschätzung gegründeten c. certi ist das ‚opor-

---

[1]) Die erwähnten Umstände scheinen mir so entscheidend, daß ich es eher für möglich hielte, daß die Unterdrückung der allgemeinen c. certi von Justinian beabsichtigt war; l. 9 cit., welche gewiß bei der Redaktion verändert worden ist (darüber später), wäre dann allerdings schlecht redigirt, das Übersehen der beiden andern Stellen aber sehr erklärlich.

[2]) So schon Bekker, A. I. S. 136, ausführlich Baron S. 170 flg.

[3]) S. Baron S. 90.

tere' nur auf den wahren Wert der geschuldeten Sache zu beziehen, nicht auf die endgiltige Condemnation, welche durch spätere Umstände Erhöhungen oder Minderungen erfahren kann, welche Kläger daher niemals richtig angeben könnte.

Das einzig Bedenkliche ist eben die Selbstschätzung des Klägers, aber ich glaube nicht, daß man etwas gewinnt, wenn man sie ganz leugnet. Wir müssen sie als einen der vielen dunklen Punkte in der Entwicklung des Römischen Rechts hinnehmen.[1])

Als festgestellt muß also gelten, daß die c. certi auch bei Ansprüchen, welche nicht von Anfang an auf eine bestimmte Geldsumme lauteten, vermöge der Selbstschätzung des Klägers anwendbar war; es wird zu untersuchen sein, in welchem Umfange diese anomale Anwendung stattfand und wie wir uns die Entstehung dieser auffälligen Einrichtung denken können

Bekker[2]) hat, obwol er es nicht direct ausspricht, die anomale Anwendung der c. certi anerkannt, meint jedoch, daß dieselbe nicht überall, sondern an Stelle der normalen Condictionen zulässig gewesen, daß also Kläger nicht alle obligatorischen Ansprüche, sondern nur die durch c. triticaria und c. incerti verfolgbaren nach Selbstschätzung auch durch c. certi einklagen konnte. Ich muß gestehen, daß ich überzeugende Gründe für die eine oder die andere Annahme nicht finden kann.

Für die allgemeine Anwendung der c. certi spricht der Wortlaut der einschlägigen Stellen, gegen sie gewiß nicht, wie Bekker behauptet, daß in anderen Stellen, insbesondere im Fortgang der l. 9. cit., noch die Frage aufgeworfen wird, ob die c. certi zulässig ist. Es darf doch nicht übersehen werden, daß die c. certi, neben ihrer stellvertretenden Funktion, in den eigentlichen Darlehensfällen die ursprüngliche und einzige Klage ist und daß die fraglichen Stellen eben diese Fälle betreffen. Sie behandeln die Frage, ob ein Anspruch überhaupt gerechtfertigt ist, eine Frage, die bejahend entschieden sein muß, bevor gefragt wird, welche Klage anwendbar ist, sie haben also auf unseren Punkt gar keinen Bezug. Wichtiger ist, was schon Keller[3]) angedeutet hat, daß die von den Juristen erörterte Frage[4]), ob aus einer anderweitig entstandenen Geldschuld durch bloße Beredung der Parteien ein creditum gemacht werden kann, keine practische Bedeutung hätte, sofern die aus dem creditum zustehende c. certi schon

---

[1]) So auch Karsten, Lehre vom Vertrage, S. 30. — Vielleicht wird das Fremdartige der Selbstschätzung vermindert durch Hinweis auf den Census, wo dieselbe durchaus üblich war. S. Mommsen Röm. Staatsr. II. S. 363.

[2]) A. I. S. 137 flg. — Baron hat Bekkers Ansicht offenbar nicht ganz richtig aufgefaßt.

[3]) Civ. Pr. § 88. N. 1107.

[4]) S. l. 34 pr. 17. 1. l. 15. 12. 1.

nach Willkür des Klägers in ihrer anomalen stellvertretenden Function zuständig war. Aber daß die verschiedene juristische Beurteilung des Falles gar keinen practischen Unterschied begründet hätte, ist nicht ganz sicher, es läßt sich z. B., wenigstens für die spätere Zeit wo die sponsio tertiae partis nur noch facultativ war, denken, daß der Praetor dieselbe nur bei wirklichem creditum, nicht aber bei c. certi, auf Grund von Selbstschätzung zugelassen habe. Vor allem aber muß der Beginn der Verjährung doch verschieden beurteilt werden, jenachdem die bisher bestehende oder eine neue creditum-Schuld als vorhanden angenommen wird. Doch selbst wenn dies nicht der Fall gewesen wäre, konnte theoretisches Interesse genug vorhanden sein, an der Abgrenzung des Begriffes ‚creditum', um die Juristen zur Erörterung dieser der processualen Gestaltung wegen nicht direct practischen Frage zu führen.

Die andere, von Bekker vertretene Ansicht, daß c. certi außer ihrem normalen Gebiet nur an Stelle einer Condictio treten kann, hat sich erst mit den überlieferten Zeugnissen auseinander zu setzen und da vor allem mit l. 9. cit. Im Eingange der Stelle, welche abstract die Regel aufstellt, steht von einer solchen Beschränkung nichts, doch kann sie immerhin untergelegt werden, nicht sowol unter Hinweis auf die häufig ungenaue Formulirung der Regeln bei den Römern, als vielmehr mit Rücksicht darauf, daß die Stelle von den Compilatoren redigirt ist. Ulpian kann diese Frage unmöglich in den wenigen Sätzen (pr. — § 3 eod.) abgetan haben, er mußte doch den gesetzlichen Grund dieser anomalen Anwendung der c. certi erwähnen und das Gebiet derselben, sowie die näheren Bedingungen, besonders die Selbstschätzung des Klägers genau bezeichnen. Den letzten Punkt finden wir nur berührt in dem unklaren Zusatz (ex omni obligatione) *ex qua certum petitur*, der den verschiedensten Deutungen zugänglich ist. Der dritte Absatz aber klingt jetzt so, als wenn er die allgemeine Regel nur darum wiederholen sollte, um zu einigen Ausnahmen von derselben den Übergang zu machen, während doch die Regel eine ausnahmslose ist und von § 4 an eine ganz andere Frage, nämlich die, wann ein Darlehenscontract entsteht, erörtert wird. Auch die Ausdrucksweise des Fragmentes, wie es überliefert ist, ist nicht Vertrauen erweckend; der zweite Satz: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, ist vollkommen tautologisch mit dem Anfang: competit haec actio ex omni causa ex omni obligatione. Auffällig ist ferner, daß kurz nacheinander das: ex omni causa zweimal und zwar in verschiedener Weise erläutert wird: sive ex certo contractu petatur sive ex incerto, und in § 3: sive re fuerit contractus factus sive verbis sive conjunctim. Endlich in diesem letzten Absatz das: *eorum*, für welches eine Beziehung nicht zu finden ist.

Alles das weist entschieden auf Veränderungen durch die Compilatoren hin und dadurch erhält die Annahme Raum, daß die Regel über die Anwendung der c. certi bei Ulpian nicht so allgemein gelautet habe, wie wir jetzt lesen. Ob die allgemeine Fassung absichtlich oder unabsichtlich gewählt worden ist, darüber wäre es ganz aussichtslos und unnötig, Vermutungen zu äußern. Aber in beiden Fällen hat man einen Anhalt, das Zeugnis der Basiliken aus dem Wege zu räumen. Auf Grund der ungenauen Formulirung der l. 9. cit. in der Compilation konnten die Scholiasten leicht dazu gelangen, den subtilen Unterschied ganz zu übersehen und so die fragliche Regel in einer vom classischen Recht abweichenden allgemeinen Weise zu formuliren.[1])

Was nun die Beispiele betrifft, welche in l. 9 § 1. 2 cit. angegeben werden, so bedarf es auch ihnen gegenüber einiger Mühe, um sie mit der von Bekker vertretenen Ansicht zu vereinigen. Für die Ansprüche aus der Entwendung freilich und für die Verpflichtung aus fremdem Geschäft in den Fällen der adjectizischen Klagen ist anderweitig bezeugt, daß sie auch durch Condictionen verfolgbar waren. Aber wo ist der gleiche Nachweis zu finden für Ansprüche ex lege Aquilia und aus Legaten? Es ist nirgends noch eine Spur gefunden worden, daß für dieselben eine C. die regelmäßige normale Klage gewesen. Für die Legate hat sich diese Ansicht gebildet, weil man, wie bereits erwähnt, die a. ex testamento irrigerweise für eine C. hielt, und auch Bekker muß in dieser Verwechslung befangen sein, weil er ohne Nachweis es als feststehend angibt, daß „gewisse Ansprüche ex testamento durch Condictionen verfolgbar waren". Die Aquilischen Ansprüche aber weist er den C. offenbar zu als Ansprüche ex lege nova; daß das unmöglich ist, daß die lex Aquilia den Classikern keine lex nova sein konnte, ist bereits von Heimbach[2]) gesagt worden, weitere Einwände ergeben sich aus dem, was später über die c. ex lege zu sagen sein wird. Hier sei nur noch hervorgehoben, daß die Ansprüche auf Entschädigung doch regelmäßig nicht auf *res certa* gerichtet sind, daß also schon darum vor der Einführung der c. incerti eine Condiction nicht darauf anwendbar war. Und wie hätte eine Condictio hier sollen zur regelmäßigen Anwendung kommen, da ja in beiden Fällen eine eigene und besonders vorteilhafte Klage bestand?

Diesen Beispielen gegenüber sehe ich nur die eine Möglichkeit, um die fragliche Ansicht aufrecht zu erhalten, sie auf einen speziellen Fall zu beschränken. Aber natürlich nicht, wie von Savigny und Anderen ver-

---

[1]) So weit also wäre ein Mißverständnis der Scholiasten, von dem oben S. 29 die Rede war, denkbar.

[2]) Creditum S. 98, 99, s. auch Baron S. 78 N. 2.

sucht worden, dadurch, daß man an den Fall denkt, wo die Beschädigung im Verlust einer Geldsumme bestand, sondern an jenen der confessio se occidisse. Den Anlaß zu dieser Lösung geben die bekannten zwei Rubriken in der Collatio II. 4. XII. 7: Ulpian l. XVIII ad Ed. sub titulo: si fatebitur injuria occisum esse, in simplum ut condiceret. Diese Stellen sind freilich kritisch nicht zweifellos, beidemale lauten die entscheidenden Schlußworte anders[1]) und das hergestellte condiceret paßt wol schlecht genug in die consecutio temporum. Halten wir aber die verbesserte Lesung für authentisch, so haben wir ein sog. monitorisches Edict, oder doch die Titelüberschrift zu einem solchen vor uns;[2]) denn die Rubrik blos für die Klagformeln aus der lex Aquilia kann es nicht sein, da diese ja, wie wir annehmen, keine Condictionen waren. Wir erfahren also, daß der Praetor an Stelle der confessorischen Formel aus der l. Aqu.[3]) eine C. und natürlich eine C. certi nicht nur gewährt, sondern anordnet (ut condiceret). Der Grund dieser Einrichtung ist leicht erklärlich und von Baron[4]) ganz gut angegeben. Wenn Beklagter nicht nur die Beschädigung gesteht, sondern auch eine bestimmte Ersatzsumme anbietet, Kläger aber durch zu hohe Schätzung die sofortige Erledigung hindert und Iudicium nötig macht, ist es nur billig, daß er auch für die Richtigkeit seiner Schätzung einstehe, und darum verweigert hier der Praetor die arbiträre actio confessoria und gibt nur die c. certi mit Gefahr der Pluspetitio.[5])

Für die Forderung aus Damnationslegat haben wir zwar keine Nachricht, doch nichts hindert, gleiches Verhältnis auch hier vorauszusetzen, also Verfügung der c. certi bei völligem Zugeständnis des Beklagten und Hartnäckigkeit des Klägers betreffs der Schätzung.

Beruht aber hier die c. certi auf specieller Verfügung des Edicts, so ist die Folgerung der allgemeinen Anwendbarkeit der Klage, zu welcher sonst die beiden Beispiele zwingen würden, abgeschnitten.

Am bedenklichsten scheint das letzte Beispiel: sed et si ex S. C. agetur, competit haec actio veluti si is cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet, wenn man dabei an die dem Fiduciar kraft des S. Ctes.

---

[1]) et eum diceret (doceret). Echtheit bezweifelt Wlassak, Edict und Klagform, 1882. S. 126.

[2]) Ich halte die Ansicht, daß es keine Edicte zu Civilklagen gegeben hat, für richtig, s. Wlassak, a. a. O. S. 9, 66, 90.

[3]) Dieselbe muß *in jus* gelautet haben, nicht wie Rudorff will in factum.

[4]) S. 98. Nur bezieht er mit Unrecht l. 6. 42. 2: urgueri debet ut certam quantitatem confiteatur, auf unsern Fall, vgl. Demelius, Confessio, S. 119 flg. 126. — Ähnliche Behandlung fand statt bei den Delictsklagen, Gellius Noct. Att. XX. 1. Rudorff, Ztschr. f. gesch. Rtw. 14. S. 295 flg.

[5]) In den Pandecten ist die Bestimmung bei der lex Aquilia weggeblieben, da ja die Gefahr der Pluspetitio aufgehört hat.

direct zustehenden erbschaftlichen Ansprüche denken müßte; es müßte dann die Regel der Stelle beschränkt werden auf die Condictionen in der Erbschaft. Doch man wird die Stelle besser auf den Anspruch des Fiduciars gegen den Fideicommissar beziehen[1]) und unter der im Tatbestand vorausgesetzten Restitution der Erbschaft die Restitutionserklärung, nicht die factische Herausgabe verstehen, was ja dem Sprachgebrauch der Quellen ganz entspricht. Ein normaler Condictionsfall liegt dann aber darum vor, weil der Anspruch des Fiduciars erst durch das S. C. zu einem civilrechtlichen gemacht und daher in Ermangelung einer speciellen Klage durch Condictio zu verfolgen ist.

Mit den übrigen Zeugnissen ist es nun nicht mehr schwer sich abzufinden. L. 28 § 4. 12. 2 wird wie l. 5. 44. 2 nur auf solche Fälle bezogen, wo der Tatbestand der actiones mandati societatis e. c. zugleich auch als ein normaler Condictionsfall angesehen werden kann, z. B. als Hingabe mit einer Auflage, eine Auffassung, welche für das Mandat in mehreren Fragmenten angewendet worden ist. Daß mit der a. rerum amotarum eine regelmäßige Condiction concurrirt, ist ausdrücklich bezeugt, sei diese nun c. furtiva oder ob injustam causam. Der in der Rede pro Roscio behandelte Anspruch endlich dürfteauf furtum gestützt gewesen sein, die c. certi also die c. furtiva vertreten haben; das geht aus einigen Ausdrücken hervor § 26. 27: res erat manifesta, furtum erat apertum. Cuius rei furtum erat factum?

So wird man also zugeben müssen, daß beide Ansichten über die anormale Anwendung der c. certi an sich zulässig sind. Freilich sprechen die betrachteten Zeugnisse eher für die allgemeinste Anwendbarkeit und müssen mit der beschränkteren Ansicht erst durch künstliche Interpretation vereinigt werden. Aber die Möglichkeit der letzteren ist wenigstens nicht zu bestreiten. Und eine Entscheidung zwischen beiden Möglichkeiten ist auch aus den noch kurz zu berührenden Punkten nicht zu gewinnen.

Fragen wir, welchen Zweck die fragliche Einrichtung haben konnte, so läßt sich ein solcher für die classische Zeit kaum ausdenken. Es waren ja bereits Klagen für alle anerkannten Ansprüche vorhanden, nachdem einmal die act. praescriptis verbis und die c. incerti zugelassen waren, und diese Klagen boten alle größere Vorteile dem Kläger als die c. certi, wo er die Gefahr der Pluspetitio übernehmen mußte, ohne irgend einen andern Vorzug zu erhalten. Für die älteren Zeiten scheint mir eine doppelte Möglichkeit vorhanden zu sein. Wenn, wie allgemein angenommen,

[1]) S. auch Baron S. 96.

die l. a. per cond. eine günstigere Proceßart darstellte, ja den Übergang zum neuen Formularverfahren bildete, so konnte es ein Schritt in dieser Entwicklung gewesen sein, daß man alle obligatorischen Ansprüche dieser Proceßform teilhaftig machen wollte. Nun würde sich freilich fragen, ob dieses Mittel gerade sehr practisch war, sowie ob diese Erklärung sich mit den übrigen Annahmen über die Entwicklung des Processes verträgt, allein da gerade für den Übergang zum Formularproceß jeder sichere Anhalt mangelt, scheint mir ein weiteres Eingehen auf diesen Punkt ganz aussichtslos.

Glaubt man an die nur teilweise Erweiterung der c. certi auf die eigentlichen Condictionsfälle, so bietet sich noch ein anderer Erklärungsgrund dar. Danach wäre die c. certi für jene Ansprüche bestimmt worden, welche unter das Creditum subsumirt und durch Condiction geschützt waren, aber doch, weil nicht auf res certae gerichtet, den Bedingungen der l. Silia et Calpurnia nicht entsprachen. Wie oben angeführt, hat für diese Fälle die anomale c. certi bis in die classische Zeit, nämlich bis zur Einführung der c. incerti practische Bedeutung gehabt.

Was die Zeit der fraglichen Entwicklung betrifft, so ist durch Cicero's Rede pro Roscio wenigstens der untere Grenzpunkt fest bestimmt; im übrigen müßte man natürlich mehr oder weniger hoch hinauf gehen, je nachdem man die erste oder die zweite der dargestellten Erklärungen acceptiren wollte.

Ein letzter Punkt endlich ist die Rechtsquelle, aus welcher unsere Regel stammt. Können wir sie dem ungeschriebenen jus civile, dem Juristenrecht zuschreiben? Es ist schwer glaublich, daß beliebige Ansprüche nur in Folge der Abschätzung des Klägers irgendwie hätten an den Begriff creditum angeknüpft werden können.

Es gibt jedoch auch Anzeichen von dem Eingreifen des Praetors in unsere Materie, nämlich die Worte: si certum petetur, die wiederholt als Rubrik in den Rechtssammlungen und in l. 1 pr. 13. 1 von Ulpian als Name für eine actio gebraucht werden.[1]) Daß sie dem Edict angehören, hat man längst erkannt,[2]) aber fraglich ist ihre Bedeutung in demselben. Hat es, wie ich glaube, keine sog. Civiledicte gegeben, so kann das: si certum petetur nur Rubrik für die Formeln von Civilklagen oder Anfang eines Edicts, einer Edictsclausel sein.

---

[1]) *Certum* hat hier, wie auch in andern Fällen, die specifische Bedeutung von *certa pecunia*, das ergibt der Inhalt des Titels, sowie l. 1 pr. 13. 3. S. Baron, S. 88, Demelius, Confessio S. 62, Karsten, Lehre vom Vertrage, 1882, S. 31.

[2]) S. Voigt S. 284 N. 209 und die dort citirten.

Es wäre aber schwer begreiflich, warum der Rubrik: de c. triticaria[1]) nicht eine ähnliche: de actione certae creditae pecuniae oder de c. certi entsprochen hätte, da ja doch der erste Ausdruck regelmäßig, der zweite zwar nicht sehr oft, aber nicht weniger als der si certum petitur gebraucht wird.[2]) War aber das: si certum petitur die Rubrik für eine prätorische Verfügung, an welche dann die Formeln der civilrechtlichen Condictionen sich anschlossen, so erklärt es sich sehr gut, daß in den Constitutionensammlungen für die einschlägigen Entscheidungen der Kaiser die Rubrik des Edictes gewählt wurde. Es erklärt sich ferner die Rubrik der Digesten 12. 1, welche neben die allgemeine Überschrift de rebus creditis den Anfang der ersten Edictionsclausel si certum petetur und die Rubrik der entsprechenden Civilklage et de condictione (sc. certi) gesetzt hat.

Schließlich wäre zu betonen, daß die erweiterte anomale Anwendung nicht durch Proponirung einer etwas modificirten Formel möglich war, da ja die C.-formel nichts von den Voraussetzungen in sich enthielt; daß also die Erweiterung notwendig durch Edict verfügt werden mußte. Das fragliche Edict, wenn es die allgemeine Zulassung der c. certi verfügt hat, dürfte ähnlich wie Lex Julia municipalis v. 43 gelautet haben: si certum petetur ex quacumque causa, judicium ita dabo, ut de pecunia certa credita dari oporteret.

Das Resultat der Untersuchung ist insofern ein negatives, als zwar die auffällige Erscheinung der anomalen c. certi festgestellt, aber weder über Umfang, noch über Entstehung und Zweck derselben etwas sicheres ermittelt werden konnte. Wichtig ist auch dieses Resultat, weil auf Grund desselben alle Folgerungen, welche man aus den einschlägigen Zeugnissen schlägigen Zeugnissen in anderer Richtung ziehen wollte, zurückgewiesen werden können. Insbesondere kann als constatirt gelten, daß Legat und Sachbeschädigung nicht zu den normalen Anwendungsfällen der Condictionen gehörten.

Wenn wir uns nun zur weiteren Betrachtung des Anwendungsgebietes der Condictionen wenden, so sei zunächst darauf hingewiesen, daß bei der condictio triticaria eine allgemeine Anwendung ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund des Anspruchs nirgends angedeutet ist. Baron[3]) will zwar eine solche Andeutung in der l. 1. pr. 13. 3 finden, allein man

---

[1]) D. 13. 3.

[2]) S. Voigt S. 259. Anm. 196 und S. 284. Anm. 209 und Heimbach S. 108. A. 1.

[3]) S. 117. S. auch meine Kritik a. a. O. S. 635.

wird zugeben, daß die oben abgedruckte Stelle selbst keinen Anhalt bietet, diese Auffassung in sie hineinzutragen, es ist daher auch eine weitere Widerlegung seiner Ansicht nicht nötig.

4. Normale Anwendung der Condictionen.

Indem wir die normalen Anwendungsfälle der Condictionen zu constatiren versuchen, wenden wir uns zugleich zu den Fragen über die weitere Entwicklung derselben und ihr Verhältnis zu dem Ausgangspunct der l. a. per condictionem. Nach dem bisher Ausgeführten ergeben sich zwei Fragen: wie kamen alle diese verschiedenen Ansprüche zu der Anfangs für Darlehn eingeführten Proceßform? wie und wann ist in diesen Fällen überhaupt ein rechtlicher Anspruch anerkannt worden? Wie oben gesagt, soll nicht alles erörtert, nur das hervorgehoben werden, was einigermaßen wahrscheinlich ist und was zu Fragen Anlaß gibt.

Die Stipulation, deren Ursprung durch die verschiedenen darüber versuchten Hypothesen nicht klarer geworden ist, bietet zwei der Erklärung bedürftige Erscheinungen; es findet bei stipulationes incertae nie C. statt[1]), bei stipulationes certae aber findet C. statt, obwol die Stipulation auch nicht auf Darlehen, überhaupt auf creditum beruht. Das erste erklärt sich aus der früher nachgewiesenen späten Entstehung der c. incerti; vorher war bei solchen Stipulationen eine C. unmöglich, und nachher war die act. ex stipulatu bereits fest eingebürgert und eine Änderung des bisherigen Zustandes ganz unnötig.[2]) Diese Erscheinung ist übrigens ein sicheres Zeichen dafür, daß die a. ex stipulatu und mit ihr die actiones bonae fidei in ihrer Entwicklung nicht mit der l. a. p. cond. zusammenhängen können, sondern aus einer andern legis actio, vermutlich der l. a. sacramento, hervorgegangen sind.[3])

Die Erklärung der zweiten Erscheinung wird denjenigen leichter, welche die Stipulation bei ihrer Entstehung nur als die Form für gewisse Geschäfte, etwa Geldgeschäfte, ansehen.[4]) Wer diesen Hypothesen nicht folgt, wird nur darauf hinweisen können, daß die Classiker von creditum auch dann sprechen, si nihil proficiscatur,[5]) und sich mit der

---

[1]) l. 24. 12. 1.

[2]) Ähnlich Baron 221 flg. über die Anwendung der c. incerti, nur von ganz falschen Voraussetzungen ausgehend.

[3]) Vgl. Bekker I. S. 156.

[4]) Vgl. neuestens Karsten, Lehre vom Vertrage, 1882, S. 29 flg.

[5]) l. 2. § 3. 12. 1; creditum interdum etiam si nihil proficiscatur, veluti si dos post nuptias promittatur. Post nuptias: weil erst dann *praesens obligatio!*

Vermutung bescheiden, daß gleiche Auffassung schon sehr frühe stattgefunden hat. Das Motiv für diese Ausdehnung des Creditumbegriffes, nämlich Erweiterung des Condictionenverfahrens, muß ja gerade damals gewirkt haben, bevor der Sacramentsproceß bei Stipulationen der act. ex stipulatu gewichen war.

Bei der Expensilation ist die Subsumption unter das Creditum noch weit leichter, da sie ja stets eine schon bestehende Schuld voraussetzt, und sich schon dem Wortlaut nach als Creditum darstellt. Die Frage nach der Entstehung derselben ist nicht zu beantworten. Das letztere gilt auch für die formlose Hingabe zu Darlehn. Seit wann daraus eine rechtskräftige Forderung entsprang, ließe sich nur auf Grund von Hypothesen über das Obligationenrecht der Zwölftafeln vermuten.

Was die Fälle der Hingabe nicht fungibler Sachen mit Beredung eventueller Rückgabe betrifft, so ist ihre Unterordnung unter das Creditum bezeugt. Mußte doch oben erst der Nachweis erbracht werden, daß die lex Calpurnia sich nicht schon auf dieselben bezog. Es macht also die Anwendung der Condictio hier keine Schwierigkeit. Weiters wäre das Verhältnis der act. rei uxoriae und der act. fiduciae zu den Condictionen zu erwähnen. Daß die erstere Klage sich selbständig entwickelte, ist in ihrer wesentlich familienrechtlichen Natur ausreichend begründet.[1]) Doch nicht so selbstverständlich ist, daß auf Grund des pactum fiduciae nicht eine condictio, sondern eine besondere actio bonae fidei sich entwickelte. Denn es ist wol selbstverständlich, daß die juristische Natur der Mancipation zum Zwecke der fiducia identisch ist mit der einer Mancipation etwa zu Bestellung einer arrha. Was in der Absicht der Parteien und deren ökonomischen Zwecke etwas einheitliches ist, zerfällt in der juristischen Structur in zwei Geschäfte: Eigentumsübertragung einerseits, pactum fiduciae oder pactum arrhale anderseits. Der Grund und das Maß der Rückforderung liegt natürlich in dem pactum.[2]) Es hätte also wol auch auf Grund der fiducia eine Condictio gegeben werden können. Daß das aber nicht geschehen ist, bildet kein Hindernis für den von uns vermuteten Entwicklungsgang, wenn auch der Grund dieser Erscheinung nicht mit Gewißheit zu ermitteln ist. Denkbar sind dafür ja mannigfache Gründe, so namentlich wenn, was wol das wahrscheinlichste, die Entwicklung der Klagbarkeit in Bezug auf die Pfandfiducia zuerst stattgefunden hat. Vielleicht erschien das Verhältnis hier nicht als Creditum, oder war das

---

[1]) S. Czyhlarz, Dotalrecht, S. 38 flg., bes. S. 45.

[2]) Bechmann, Kauf, S. 290. 292, leugnet merkwürdigerweise, daß die fiducia ein unbenannter Realcontract sei. Er muß aber selbst darauf zurückkommen. — Daß das pactum fiduciae nicht in die nuncupatio aufgenommen wurde, ist jetzt eine ausgemachte Sache. S. Bechmann S. 284 flg.

Verhältnis so complicirt, der Gegenstand der Rückforderung zu wechselnd, als daß man die nackte Formel der Condictio für angemessen gehalten hätte.

Wir wenden uns zu der zweiten Frage, wie sind die vorliegenden Ansprüche zur Klagbarkeit gekommen? Der Tatbestand setzt sich wie eben erwähnt zusammen aus einer formlosen Beredung und einer Eigentumsübertragung, welche sowol eine formelle als auch bloße Tradition sein kann. Der Grund der Rückforderung ist aber im letzten Grunde die formlose Beredung. Daß derselben die Klagbarkeit nicht durch die Zwölftafeln, noch durch ein späteres Gesetz erteilt wurde, kann kaum in Frage kommen. Somit bleibt nur die Annahme, daß die Faktoren der Rechtsanwendung, namentlich die interpretirenden Juristen hier die Klage geschaffen haben.

Zur Bestärkung und näheren Ausführung dieser Annahme kann man sich auf einige Erscheinungen des Römischen Rechtes berufen, welche in letzter Zeit vielfach Aufmerksamkeit erregt haben.[1]) Man hat gefunden, daß den mit einer Veräußerung verbundenen Beredungen eine Wirksamkeit zugeschrieben wird, welche sie ursprünglich im Civilrecht nicht gehabt haben können. Die Erklärung dieser Erscheinungen hat man als Theorie von von der lex rei suae dicta bezeichnet, weil die Römer die fraglichen Beredungen so nennen.

Zu den in Betracht kommenden Erscheinungen gehört vor allem die ganze Gestaltung der sog. ob rem datio. Die juristisch correcte Auffassung des Verhältnisses steht außer Zweifel, das Geschäft ist, wie eben über die fiducia bemerkt, keine Einheit. Es besteht aus einem obligatorischen Vertrage, der den verschiedensten Inhalt haben kann, und einer Eigentumsübertragung, welche zur Realisirung, zur Durchführung des Vertrages notwendig ist. Diese Auffassung, für die im dogmatischen Teil noch manches beizubringen sein wird, ist natürlich dem Scharfsinn der Römer nicht entgangen, vielmehr steht schon bei ihnen die datio ob rem „auf dem Sprunge, ganz Contract zu werden", und die wirklichen Entscheidungen erklären sich vollständig von dem Contractsstandpunkt aus. Daß die Auffassung des Geschäftes als einer eigentümlichen Einheit des dinglichen und obligatorischen Elements nicht abgestreift wurde, weist darauf hin, daß dieselbe nicht in materiellrechtlichen, sondern in historischen Momenten wurzelt. Und wenn stets auf das dingliche Element in erster Linie Gewicht gelegt wird, wenn die act. praescriptis verbis bis zum Schlusse der classischen Periode nur nach vorgehender datio zugelassen

---

[1]) Ihering, Geist. III. 1. S. 327. N. 444 u. bes. Jahrb. f. Dogm. X. S. 549 flg. Bekker, Akt. I. S. 125 flg. Pernice, Kr. V.-J.-Schr. X. S. 95 flg. Labeo. I. S. 473 flg. Hofmann: Entstehungsgründe, 1874. S. 28. 29. A. A. Bechmann, Kauf. I. S. 278. 293.

wird, so weist das alles eben auf unseren Gesichtspunkt hin, daß die civilrechtliche Kraft der Beredung nur aus ihrer Anlehnung an die Eigentumsübertragung entspringt.

Ferner kommen folgende Fälle in Betracht. Von den Classikern wird gewissen Nebenberedungen beim Verkaufe von Sclaven über das Schicksal derselben eine über die obligatorische Verpflichtung hinausgehende und doch civilrechtliche Wirksamkeit beigelegt.[1]) Auch bei anderen Veräußerungen wird der Nebenberedung über den eventuellen Rückfall der Sache dingliche Wirkung beigelegt, also eigentlich die dem Civilrecht unbekannte Einrichtung eines resolutivbedingten Eigentums geschaffen.[2]) Endlich wird von den Erfordernissen, welche betreffs des Inhaltes der Servituten gelten, eine Ausnahme gemacht, sobald die Bestellung der Servitut bei Gelegenheit der Eigentumsübertragung durch deductio erfolgt.[3]) In Betreff dieser Erscheinungen und ihrer Beziehung zu dem in Frage stehenden Gesichtspunkt, kann ich mich vollständig auf die angezogenen Ausführungen von Ihering beziehen.

Kommt nun dazu, daß der Ausdruck lex rei, dationi, traditioni dicta, der in den einschlägigen Stellen regelmäßig gebraucht wird, auch sonst die Verfügung des Eigentümers über das Schicksal seiner Sache bezeichnet,[4]) so erscheint zunächst die Annahme berechtigt, „daß das Römische Recht die Vertragsberedungen bei Veräußerung einer Sache unter einem ganz eigentümlichen Gesichtspunkt beurteilt. Es erblickt in jenen Vereinbarungen, obschon sie selbstverständlich nur durch Zustimmung des Gegners, also durch Vertrag, ihre Kraft gewinnen, nicht sowol etwas, was der Gegner mir einräumt, als was ich mir selber vorbehalte, was ich nicht ihm, sondern mir verdanke."

Aber weiters dürfen wir auch supponiren, daß diese nicht in der Natur der Verhältnisse notwendig gelegene Annahme von den Römischen Juristen angenommen und festgehalten wurde, eben weil sie ihrer Recht begründenden und erweiternden Tätigkeit von wesentlichem Vorteile war. Wir nehmen also an, daß die in den Zwölftafeln fehlenden Bestimmungen über Rückforderungsverträge ergänzt wurden aus den dort vorhandenen Bestimmungen über die Eigentumsübertragung. Ob nun dabei an die

---

[1]) Ihering S. 547 flg. vgl. S. 520 flg. — Eine andere Erklärung der Entscheidungen bei Bechmann a. a. O. S. 281 flg.

[2]) Ihering S. 571 flg.

[3]) S. 551 flg. — Über den Wegfall der Zeitbeschränkung bei usus fructus deductus, s. Pfersche: Vererblicher Ususfructus in Grünhuts Zschr. VIII. S. 526 flg.

[4]) Ihering S. 550. N. 195. Pernice, V.-J.-Schr. 10. S. 95, vgl. auch Bechmann S. 278.

Mancipation und den bekannten Satz: uti lingua nuncupassit, ita jus esto angeknüpft wurde, oder etwa den andern Satz: uti legassit oder an einen andern uns nicht bekannten, darüber wäre es natürlich müßig, Vermutungen anzustellen. Aber nicht unwidersprochen kann es bleiben, wenn Bechmann[1]) die erste erwähnte Möglichkeit absolut verwirft. Man mag seinen eingehenden Untersuchungen über die Mancipation und insbesondere über die Bedeutung der Nuncupation vollkommen beistimmen und zugeben, daß Annahmen, wie die in Rede stehende, nicht zu berücksichtigen sind für die ursprüngliche reine Gestalt der Mancipation. Doch deshalb braucht man unsere Annahme noch nicht zu verwerfen. Denn es handelt sich ja gerade darum, daß die Jurisprudenz eine Regel über den ursprünglichen Inhalt des Gesetzes hinaus aufgestellt hat. Es ist ja richtig, die Nuncupation erstreckte ihre Kraft ihrem Ursprung und Wesen nach nicht auf eventuelle Rückgabeberedungen. Aber es ist doch denkbar, daß die Jurisprudenz später, als die Notwendigkeit sich ergab, annahm, daß allerdings die Kraft der Nuncupation auch diesen Beredungen zuzuerkennen sei. Wie könnte man es wagen, den vielfachen Verwendungen der Mancipation gegenüber gerade über die hier vorausgesetzte Modification mit einem Unmöglich abzusprechen.

Abgesehen also von der Art und Weise, wie sie erfolgt sind, hat es ziemliche Wahrscheinlichkeit für sich, daß hier Fortbildungen des Civilrechts durch die Interpretatio erfolgt sind und zwar, daß die obligatorischen Wirkungen aus den dinglichen Rechtssätzen gewonnen werden. Dies wird uns von Bedeutung sein für die materiellrechtliche Auffassung der Lehre von der datio ob causam, wenn, wie jetzt zu erwägen kommt, die gleiche Auffassung sich auch bei den andern Fällen der Kategorie, insbes. bei den Innominatcontracten durchführen läßt.

Wir nehmen nämlich an, daß man auch die auf Gegenleistung oder überhaupt auf eine andere Handlung des Empfängers gerichtete Beredung bei den Innominatcontracten, sowie das bei der Erfüllung stattfindende Geschäft angesehen habe als eine Bestimmung über die hingegebene Sache, als eine lex rei dicta und daß durch diese Auffassung der gesetzliche Grund für die Zulassung der Rückforderungsklage, der Condiction geschaffen wurde. Freilich nach richtiger dogmatischer Betrachtung liegt bei ihnen ein Rückgabeversprechen, eine lex rei dicta durchaus nicht vor. Doch es ist nicht zu kühn, wenn wir vermuten, die Juristen hätten in beiden Verhältnissen diese unrichtige Auffassung acceptirt, um eben die Klagbarkeit derselben gesetzlich zu begründen. Diese Annahme wird erlaubt sein, wenn wir sehen, wie die mittelalterliche Jurisprudenz, namentlich Donellus, die Vertragsnatur der

---

[1]) a. a. O. S. 264 flg. 269.

beiden Fälle aus den Quellen entnahmen und begründeten, wenn wir sehen, daß man noch gegenwärtig zwar keinen Rückgabevertrag, aber doch eine Willensbeschränkung in dem Tatbestande findet.

Von directen Beweisen für meine Ansicht findet man in den Quellen freilich nicht mehr viel, da zur classischen Zeit die condictio indebiti schon festgewurzelt, die Rückforderung bei Innominatcontracten sogar schon durch die a. praescriptis verbis überholt war. Doch finden sich anerkannter Weise sichere Spuren, daß einige Juristen und wol die älteren die condictio indebiti auf Vertrag zurückgeführt haben.[1]) Ja nach Gai. III. 91. beruhte auf dieser Ansicht die Meinungsdifferenz in der Frage, ob ein Pupill, der ohne Mitwirkung des Tutors eine ungeschuldete Leistung angenommen hatte, dadurch verpflichtet werde.

Was die Rückforderung bei Innominatcontracten betrifft, so kann man anführen, daß der Tatbestand gerade so, wie in den früheren Fällen bezeichnet wird.[2]) Ferner kommt in Betracht, daß die Rückforderung hier einer Erklärung nothwendig bedarf und daß die gegebene Erklärung die einzig mögliche zu sein scheint. Denn nur Vollziehung der versprochenen Gegenleistung, nicht aber Rückgabe der Vorleistung ist die der Absicht der Parteien und den Interessen des Verkehres angemessene Regelung des Verhältnisses und wenn dieselbe nicht von Anfang an, sondern erst später allmälig eingeführt wurde, so muß der Grund dafür lediglich ein historischer sein. Freilich sucht man dieser Folgerung zu entgehen mit Hilfe der Zwitterbegriffe datio ob rem und „Voraussetzung". So könnte die Zulassung der Rückforderung als ganz naturgemäß erscheinen, wenn man die Sache folgendermaßen dreht: „Die res an sich, die Hingabe verpflichtet unwandelbar zu nichts als zur Rückgabe eben des Empfangenen, erst durch das Eingreifen des Willens wird die Möglichkeit geschaffen, aliud pro alio zurückzuleisten und damit die erwachsene Obligation zu lösen. Das neue *aliud* ist nur in solutione; das alte empfangene *aliud* bleibt in obligatione, der Empfänger kann noch immer damit zahlen, der Geber es nur fordern."[3]) Aber erstens ist die Behauptung nicht richtig, daß die „res an sich" immer zur Rückgabe verpflichte, es wird unsere Aufgabe sein zu zeigen, daß Hingabe nur unter gewissen Umständen zu etwas verpflichtet.[4]) Vor allem aber liegt ja hier nicht blos „res an sich" vor, sondern eine ausdrückliche Beredung, mit welcher die Hingabe in unlöslichem Zusammenhange steht. Und der Sinn dieser Beredung ist nicht, daß aliud pro alio geleistet

---

[1]) l. 33. 12. 6. l. 5 § 3. 44. 7. Vgl. Erxleben. I. S. 14 flg. Bekker I. S. 115. Pernice, Labeo I. S. 422.

[2]) S. z. B. c. 5, c. 6, c. 8. IV. 64.

[3]) Bekker. I. S. 126.

[4]) Vgl. l. 19. 12. 1: non omnis numeratio eum, qui accepit, obligat.

werden könne, sondern daß aliud geleistet werden solle. Statt einer Erklärung erhalten wir hier also nur eine Umschreibung eben des zu Erklärenden, warum nemlich eine dem Verhältnis nicht völlig entsprechende Klage eintritt? Einen anderen Ausweg bietet die Voraussetzung. Man sagt Leistung gegen Versprechen einer Gegenleistung sei Leistung unter Voraussetzung derselben. Darum sei bei Ermangelung dieser Voraussetzung die Condicirung des Gegebenen gerechtfertigt. Dagegen wird erst unten auszuführen sein, daß „Voraussetzung" kein haltbarer juristischer Begriff ist. Hier kann nur die Behauptung aufgestellt und auf Grund derselben der Ausweg als unzulässig erklärt werden.[1])

Es bleibt daher nur jene Ansicht übrig, welche die Condiction auch auf eine besondere historische Gestaltung, nemlich auf das Reurecht stützt. Worauf aber stützt man wieder das Reurecht? Auf die „Ungleichheit, welche ohne dasselbe vor Einführung der act. praescriptis verbis zu Gunsten des Empfängers und zu Ungunsten des Gebers stattgefunden haben würde." „Hätte der Geber nicht bis zur erfolgten Gegenleistung die Repetition des von ihm Gegebenen, so wäre er einstweilen völlig schutzlos." [2]) Aber ist nicht jeder schutzlos, der auf Grund eines ungiltigen Vertrages wissentlich leistet, findet nicht bei unsittlichen Geschäften eine Ungleichheit des Gebers und Empfängers statt?[3]) Die scheinbare Begründung ist also nichts als eine Verhüllung der zu erklärenden Verhältnisse. Stellen wir uns dieselben aber unverhüllt vor Augen, so müssen wir folgendes sagen. Die formlosen Beredungen waren einstmals, wahrscheinlich noch nach Zwölftafelrecht, völlig bedeutungslos, der Vorleistende nur auf die Ehrlichkeit des Empfängers gewiesen, sonst schutzlos. Später, gewiß nicht vor Aufstellung der legis actio per condictionem, trat eine Rechtsänderung ein, in Folge deren der Vorleistende condiciren konnte, und um die Entstehung dieser Rechtsänderung handelt es sich. Hält man diese Fragestellung fest, so ist schwer begreiflich, wie man in dem Reurecht eine passende Erklärung sehen könnte. Ich will ganz absehen von dem Umstand, daß die Rechtsänderung nur durch die beschränkten Mittel der Interpretation vor sich gegangen sein dürfte. Aber das jus poenitendi setzt doch voraus, daß ohne poenitentia eine rechtliche Wirkung eintreten würde. Ich könnte also, wenn zuvor der Innominatcontract ganz wirkungslos war, nur dann ein Reurecht einführen, wenn ich ihn zugleich für wirksam erklären würde. Dann aber wäre wieder das Reurecht vollständig über-

---

[1]) Windscheid, Voraussetzung, S. 160 flg. Erxleben II. S. 340 flg.

[2]) Windscheid, §. 321 N. 11. Bekker. I. S. 125.

[3]) So auch Witte, S. 117: „man kann da nicht von einer unbilligen rechtlichen Stellung des einen Contrahenten sprechen, wo dieselbe auf seinem freien Willen beruht."

flüssig, mag nun die Wirksamkeit des Vertrages in einer Erfüllungs- oder einer Rückforderungsklage sich manifestiren. Es ist also nicht gerade das wahrscheinlichste, daß der erste Schritt der Anerkennung der Innominatcontracte die Statuirung des Reurechts, welches in seinem Begriff die Rechtsgiltigkeit des Vertrages schon voraussetzt, gewesen wäre.

Nun kommt aber noch in Betracht, daß die Grundlage der bekämpften Ansicht, nemlich die allgemeine Zulassung des Reurechts bei den Innominatcontracten im classischen Recht eine sehr zweifelhafte ist. Freilich wenn man von der Überzeugung ausgeht, zur Erklärung der historischen Entwicklung des Reurechts unbedingt zu bedürfen, dann wird man es in den Quellen ausgesprochen finden und es nicht „wegdeuteln" lassen. Aber eine verläßliche historische Auffassung läßt sich nur gewinnen durch Rückschlüsse aus dem Zustande des classischen Rechts, daher muß dasselbe geprüft werden ohne Rücksicht auf die eventuellen Consequenzen des Ergebnisses. Und eine solche Prüfung findet die Wirkung der poenitentia auf einen kleinen Kreis einander engverwandter Fälle beschränkt und nicht den geringsten Anlaß, dieselbe über diesen Kreis hinaus auf alle Fälle der datio ob rem auszudehnen. Ausführlicher wird dieser Punkt später erörtert werden, hier aber sei das Resultat der folgenden Erörterung vorausgenommen. Daraus ergibt sich nun die Unzulänglichkeit und Unwahrscheinlichkeit der auf das Reurecht gestützten Erklärung.

Unsere Annahme aber, daß die Römer in den Innominatcontract einen Rückgabevertrag hinein interpretirt haben, und daß diese unnatürliche und gewaltsame Auffassung nur als ein durch historische Verhältnisse aufgezwungener Notbehelf anzusehen ist, bietet eine zureichende und wie es scheint die einzige Erklärung für den vorliegenden Rechtszustand.

Über die Zeit der gedachten Entwicklung läßt sich nichts annähernd feststellen, die Umstände, aus welchen man versucht hat dieselbe zu bestimmen, gestatten keinen sicheren Schluß. Daß die Annahme eines sehr hohen Alters dieser Rechtsmittel nicht aus ihrer practischen Bedeutung begründet werden kann, ist schon oben erwähnt. Als obere Grenze läßt sich für die condictio indebiti mit Sicherheit a. 714 angeben, da, wie Voigt[1]) richtig hervorgehoben hat, die Lex Falcidia offenbar ein Rechtsmittel zur Realisirung ihrer Normen voraussetzte, welches eben nur unsere Condiction sein konnte. Unzulässig aber ist die weitere Schlußfolgerung von Voigt,[2]) daß die condictio indebiti nicht existirt habe zur Zeit der vorhergehenden Gesetze, welche einen Erwerb für ungiltig erklären und zugleich eine besondere Klage für Rückforderung derselben aufstellen. Denn diese Klagen sind ja

---

[1]) Condictiones S. 232.
[2]) S. 226 flg. 241.

alle mit besonderer Strenge ausgestattet, so daß sie sehr gut neben der c. indebiti bestehen konnten.

Auch die Nachricht, daß 688 der Prätor Aqu. Gallus formulas proposuit de dolo coercendo, ist ein schwacher Anhalt für die Folgerung, daß die c. indebiti nicht früher bestanden haben kann. Denn erstens ist fraglich,[1]) ob hier an die exc. doli und nicht vielmehr an die selbständige act. doli zu denken ist. Dann ist sehr gut möglich, daß der defensive Schutz gegen grundlosen Verlust später eingeführt wurde, als der active durch Rückforderungsklage, da ja der letztere rein civil, der erste aber prätorisch war.

Am wichtigsten wäre das Zeugnis von Plautus. Es werden Verhältnisse erwähnt, die als datio ob rem zu characterisiren sind, sowol Rückgabeverträge als Innominatcontracte.[2]) Aber freilich ist hier, wie bei den Consensualcontracten, nicht zweifellos, ob diese Verhältnisse durchaus als rechtlich geschützte und normirte anzusehen sind, und wenn schon, ob nicht noch weitere Tatbestandsmomente notwendig waren, welche bei Plautus nicht ersichtlich sind.[3])

Ist aber wirklich die Klagbarkeit der formlosen leges dationis schon bei Plautus anerkannt, so stimmt das mit unseren Annahmen ganz gut überein. Die im Anfang des sechsten Jahrhunderts geschaffene L. A. per Condictionem war dann schon nach einigen Jahrzehnten in der geschilderten Weise weiter ausgedehnt worden. Dabei kann die condictio indebiti immerhin erst später zugelassen worden sein.

Bei allen übrigen Condictionsfällen ist eine Ableitung aus dem Creditum, also aus dem ursprünglichen Anwendungsgebiet der lex Silia et Calpurnia nicht möglich. Aber außer dieser negativen Erkenntnis läßt sich kaum etwas Zusammenhängendes über den Gang der Entwicklung ermitteln. Von einzelnen überlieferten Nachrichten sei folgendes erwähnt.

Bei denjenigen Condictionsfällen, wo der Erwerb auf einem Delict beruht, wie bei c. furtiva, oder direct verboten ist, wie bei den ungiltigen Schenkungen, kommt nicht in Frage, wie die betreffenden Ansprüche klagbar geworden sind. Sondern nur wie und wann bei ihnen Condictionen an-

---

[1]) Für Exc. doli Witte, S. 48 flg. Voigt: S. 241. Jus Nat. III. S. 913. Für actio doli: Rudorff, Zschr. f. R. G. 12. S. 166. Pernice, Krit. V.-J.-Schr. X. S. 97. Vgl. überhaupt Wlassak, Edict, S. 122. N. 92.

[2]) S. die Aufzählung bei Bekker, Akt. I. S. 104. N. 14.

[3]) Dies gilt bes. für die Bacchides, wo ganz gut eine Stipulation zu denken ist: aurum reddere ni secum eat. — Gegen die Auffassung der „arrabones" als klagbarer Realcontracte s. Demelius, Zschr. f. R. G. II. S. 230 flg.

wendbar wurden? Daß dabei die Tätigkeit der Juristen im Spiel war, deutet an die bekannte Stelle l. 6. 12. 5:

> perpetuo Sabinus probavit *veterum* opinionem existimantium id quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici.

Wir müssen also annehmen, daß bei den Fällen der injusta causa die Anwendung der Condictionen von den „Veteres", also jedenfalls noch in republicanischer Zeit durch einen ihrer axiomatischen Sätze bewirkt worden ist. Wie sie zu diesem Axiom, dieser „constitutio" kamen, ist freilich völlig unbekannt. Diese Nachricht hätte etwas größere Tragweite, wenn wir annehmen dürfen, daß der Begriff des Erwerbes ex injusta causa bei den veteres ein weiterer gewesen, als wie er zuletzt in der Compilation offiziell verwendet wird. [1]) Beweis für diese Annahme gibt es allerdings nicht und wenn einige Spuren darauf hinweisen, so können dieselben nur ganz dürftige sein, da sie ja nur zufällig neben dem späteren Sprachgebrauch sich erhalten haben. So zunächst der Umstand, daß die Bedeutung von injusta causa in der Compilation nicht genau abgegrenzt erscheint, sondern in Verbindung mit der turpis causa steht. [2]) Ferner wird von injusta causa in zwei Fällen gesprochen, welche der condictio furtiva sehr nahe stehen, nemlich in l. 4 § 1. 12. 1 bei unredlicher Consumption von Früchten und in l. 1. § 5. 25. 2 bei der Entwendung zwischen Eheleuten, welche nur ausnahmsweise nicht als furtum behandelt wird.

Die eigentümliche Gestaltung der condictio furtiva, die, obwol eigentlich nur condictio possessionis, doch als condictio rei behandelt wird, hat man sich auf verschiedene Weise zu erklären versucht. Ich kann keinen dieser Versuche besonders wahrscheinlich finden und halte die ganze Frage für ziemlich hoffnungslos. [3])

In Betreff der noch übrigen Fälle ist der Umstand von Wichtigkeit, daß die Jurisprudenz der Kaiserzeit, welche die Klagformen bereits freier handhabte, in der kurzen farblosen Condictionsformel das passende Gewand für Ansprüche gefunden zu haben scheint, welche erst neu zugelassen wurden und daher noch keine eigene Klage hatten. Dieser Umstand wird zwar nicht direct bewiesen durch l. un. 13. 2. de condictione ex lege. Denn es unterliegt kaum einem Zweifel, daß das: ex lege agendum est in dieser Stelle von Paulus auf ein act. in factum, welche sich einfach an das neue Gesetz anschließt, bezogen worden ist. [4]) Die Beziehung dieser Stelle auf

---

[1]) S. Voigt, S. 244. 245, Pernice, Labeo, S. 420, und über die Bedeutung von injustum im Allgemeinen s. Voigt, Jus Nat. IV. 2. 21 flg.

[2]) S. darüber und über die verschiedenen Ansichten Baron S. 68 flg.

[3]) Darüber neuestens Baron S. 28 flg.

[4]) Rudorff, Zschr. f. Gesch. R. Wiss. 14. S. 368. Baron. S. 78.

die Condictionen sowie der Ausdruck condictio ex lege rührt also erst von Justinian her.[1]) Aber daß Justinian zu dieser Auffassung gelangen konnte, läßt schließen, daß sie den classischen Juristen nicht fremd gewesen ist. Und überhaupt erscheint der fragliche Umstand so plausibel und ohne jedes Bedenken, daß man ihn auch ohne directen Beweis für wahrscheinlich halten kann. Dann erklärt sich aber die Anwendung der Condictio bei allen den Ansprüchen, welche erst zur classischen Zeit zur Anerkennung gelangten.

Vor allem erklärt sich die auffallende Erscheinung, daß mit einigen der adjectizischen Klagen auch eine Condiction concurrirt, eine Erscheinung, die darum auffällt, weil es ursprünglich prätorische Ansprüche und Rechtssätze sind, die den adjectizischen Klagen zu Grunde liegen. Ich kann mich hier Barons[2]) Ansicht anschließen, die dahin geht, daß die classischen Juristen in dem Tatbestande des jussus und der versio in rem Momente entdeckten, welche auch nach Civilrecht Ansprüche begründen können, daß sie daher hier neben den prätorischen auch civilrechtliche Ansprüche anerkannten und deshalb auch die civilen Condictionen für zulässig erachteten.[3])

Wie es sich mit der Condiction der usufructuarischen Caution verhält, bei welcher Baron[4]) eine ähnliche Auffassung vertritt, kann erst unten bei der c. indebiti genauer erörtert werden; ich glaube, daß man dabei nicht nötig hat auf den eben geschilderten Entwicklungsgang sich zu stützen.

Daß die complizirteren Bereicherungsansprüche, welche nicht auf das Creditum sondern nur einfach auf die Billigkeit zu stützen waren, erst in der Kaiserzeit Anerkennung fanden, wird durch mancherlei wahrscheinlich. So ist bereits oben nachgewiesen, daß die condictio possessionis erst nach Sabinus entstanden ist. Ferner macht l. 32. 12. 1. den Eindruck, als ob die daselbst anerkannte sog. condictio Iuventiana eben erst von Celsus wäre anerkannt worden.[5]) Und dies wird bestärkt durch l. 67. 23. 3, wo Proculus den Fall erörtert, daß eine für frei gehaltene Sclavin eine dos bestellt. Hier müßte nach Analogie der condictio Iuventiana und

---

[1]) Daß die erst von Justinian geschaffenen Ansprüche, wobei die c. ex lege genannt wird, nicht in Betracht kommen für das Anwendungsgebiet der C., ist selbstverständlich, s. Baron S. 76 flg.

[2]) S. 242 flg., die Literatur S. 243.

[3]) Die Condiction ist bei den adject. Klagen erst von African und Julian bezeugt. Denn l. 84. 17. 2. (Labeo) ist mit Bekker S. 124 N. 46. von der act. mandati zu verstehen.

[4]) S. 252.

[5]) Weitere gerade auch von Celsus gemachte Fortschritte zeigen l. 3 § 7. 12. 4. l. 26 § 12. 12. 6.

nach l. 59 § 2. eod. (Marcellus) dem Herrn der Sclavin die Rückforderung zustehen, sobald die Vindication ihm unmöglich geworden ist. Aber Proculus erwähnt bei seiner eingehenden Analyse die Rückforderung nicht, sondern sagt ausdrücklich: propius est, ut existimem eum (sc. virum) lucrifecisse. Er kennt also die Entscheidung von Celsus noch nicht. Genaueres über diese Stelle unten. Endlich wäre daran zu erinnern, daß das SC. Iuventianum verfügte[1]:)

> a quibus hereditas petita fuisset, pretia quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent, restituere debere.

Während diese Rückforderung des Kaufpreises nach den von den späteren Juristen anerkannten Grundsätzen sich von selbst versteht, wie unten dargelegt werden soll. Es ist daher zu vermuten, daß diese Grundsätze vorher noch nicht anerkannt waren.

Blicken wir nun zurück auf die sicher bezeugten normalen Anwendungsfälle der Condictionen, so haben wir drei wesentlich verschiedene Gruppen von Rechtsverhältnissen zu unterscheiden, und in jeder derselben finden wir wieder mehrere inhaltlich bedeutend verschiedene Rechtsverhältnisse. Es ist also vollständig ausgeschlossen, daß ein gemeinsamer materiellrechtlicher Grundgedanke das ganze Anwendungsgebiet der Condictionen beherrschen würde. Mit welchem Rechte könnte man nun, ohne es genau nachgewiesen zu haben, die Vermutung wagen, daß wenigstens in einem Teile der Condictionsfälle ein gemeinsamer, einheitlicher Rechtsgedanke herrschen müsse? Das eine ist zwar richtig, daß mit der verschwindenden Ausnahme der auf dem jussus beruhenden adjectizischen Ansprüche und einiger justinianischer condictiones ex lege, alle vorkommenden Ansprüche R ü c k f o r d e r u n g e n sind, daß sie alle den Übergang eines Vermögensteils von dem Kläger auf den Beklagten voraussetzen. In diesem Umstand scheint mir zwar ein weiteres Argument dafür zu liegen, daß die in l. 9. 12. 1. erwähnten Condictionsfälle des Legates und der lex Aquilia nicht dem normalen Condictionsgebiete angehören können. Aber in dogmatischer Beziehung läßt sich daraus allein noch gar nichts gewinnen. Kann dieser Umstand nicht die gemeinsame Natur a l l e r Condictionsfälle beweisen, so kann auch nicht für die gleiche Eigenschaft eines T e i l e s dieser Fälle, der sog. Bereicherungsfälle entscheiden. Ich halte also durch die historischen Ergebnisse den Standpunkt der nachstehenden dogmatischen Untersuchung für gerechtfertigt.

---

[1]) l. 20 § 6. d. 5. 3.

5) Einteilung der Condictionen nach dem Klaggrunde.

Dieser letzte Punkt der historischen Fragen leitet uns bereits hinüber zu den materiellrechtlichen Erörterungen. Die verschiedenen Rechtssätze, welche in der Form der drei Condictionen verfolgt werden konnten, bedürfen natürlich der Unterscheidung und Formulirung sogut wie alle anderen Rechtssätze. Dieses Bedürfnis zu befriedigen ist die Aufgabe der vorliegenden Untersuchung. Die Römer aber haben dieses Bedürfnis entweder in geringerem Grade gefühlt oder sie konnten demselben nicht nachkommen, jedenfalls sind sie mit der Feststellung der den Condictionsfällen zu Grunde liegenden Rechtssätze nicht zu einem befriedigenden Resultate gelangt. Zwei Verhältnisse sind allerdings klar erkannt und ausgeschieden worden, Darlehen und furtum, nicht so aber die Fälle, welche wir als Bereicherungsklagen bezeichnen.

Hier sprechen sich die Resultate der Römer in den Einteilungen aus, welche sie den Anwendungsfällen der Condictionen geben. Wie sie zu ihren Einteilungsversuchen gekommen sind, warum sie den Begriff der *causa* dabei verwenden, über diese und andere dogmengeschichtliche Fragen wissen wir kaum etwas, dieselben liegen aber auch unserer Aufgabe fern. Halten wir uns an die Resultate, so finden wir, daß die Classification sowol der Römischen Juristen als der justinianischen Codification erstens keine feste und genügende ist, daß sie zweitens nicht auf den den überlieferten Entscheidungen zu Grunde liegenden Rechtssätzen beruht, dieselben daher nicht erkennen läßt.

Den ersten Punkt hat Baron[1]) kürzlich in eingehender und entsprechender Weise behandelt, so daß ich mich einfach auf seine Ausführungen beziehen kann. Der zweite Punkt kann natürlich nur durch die nachstehenden materiellrechtlichen Erörterungen bewiesen werden. Es sei nur hervorgehoben, daß die vereinzelten Fälle der c. ob injustam causam, wo die Condictio auf positiven Bestimmungen beruht, ferner die condictio indebiti richtig gesondert sind, daß aber bei den übrigen zwei Gruppen die Behandlung eine ungenügende ist. Die eine Gruppe, die in den Pandecten als condictio causa data causa non secuta bezeichnet ist, enthält eine sehr große Menge von Entscheidungen, ist aber nicht genau abzugrenzen noch als gleichartig anzuerkennen. Die zweite Gruppe, die als c. sine causa im engeren Sinne bezeichnet wird, enthält nur wenige, vereinzelte Fälle und scheint von den Juristen noch nicht völlig durchgearbeitet gewesen zu sein.

---

[1]) S. 49 flg., vor ihm, jedoch mit einigen Unrichtigkeiten, Voigt.

II. Rückforderung zufälliger Bereicherung.

A. Allgemeines.

Als zufällig kann man die Vermögensvermehrung bezeichnen, welche nicht durch absichtlich darauf gerichtete Handlung des Bereicherten bewirkt wird. Wir schließen also von diesem Abschnitt alle Fälle aus, wo die Bereicherung auf Delict des Erwerbenden oder auf Rechtsgeschäft desselben mit dem Verlierenden beruht. Die ersteren fallen überhaupt außerhalb unserer Aufgabe, die letzteren behandelt der Abschnitt III.

Was nun die so in negativer Weise begrenzten Fälle betrifft, so hat man sich meist begnügt, die in den Quellen enthaltenen Condictionsfälle unzusammenhängend, wie sie überliefert sind, als Beispiele einer condictio sine causa im engern Sinne hinzustellen und dieselben einfach als Anwendungsfälle der allgemeinen Regel von der Rückforderung grundloser Bereicherung zu bezeichnen.[1]) Über die Quellen hinaus ist die Lehre nur von Witte und Windscheid zu fördern versucht worden. Der erstere hat die verschiedenen einschlägigen Verhältnisse zu unterscheiden und die für die einzelnen geltenden Regeln zu sondern versucht. Doch leidet seine Auffassung an dem Cardinalfehler, daß er Besitzerwerb nicht als Bereicherung ansieht, daher die auf Besitzrückgabe gerichteten Ansprüche unrichtig beurteilt.[2])

Windscheid hat gerade das Verdienst, diesen Punkt richtig hervorgehoben und überhaupt das Quellenmaterial sehr vollständig verwertet zu haben. Allein er hat bei Aufstellung der Rechtssätze mit zuweit gehender Abstraction die Verschiedenheiten der Quellenentscheidungen bei Seite gesetzt und ist so zu sehr allgemeinen Regeln gelangt, welche lebhafte Anfechtung erfahren haben. Windscheids Ansicht wie überhaupt die ganze

---

[1]) Sintenis. II. S. 530. 547. Arndts. (10.) S. 595. Baron. (3.) S. 498. Brinz. (2). II. S. 529. S. 551 flg.

[2]) S. 254. „Wird nicht das Eigentum, sondern nur der Besitz einer fremden Sache übertragen, so wird das Vermögen des Empfängers gar nicht erweitert.“ S. auch S. 289.

Controverse wird nicht in Abschnitt *B*, wohin sie eigentlich gehören würde, sondern erst in Abschnitt *C* nach Darstellung unserer Auffassung genauer besprochen werden.

Die Ableitung der das Römische Recht beherrschenden Regeln aus den meritorischen Quellenentscheidungen allein und unabhängig von der theoretischen Auffassung der Römer setzt nun voraus einen vollständigen Überblick über alle vorhandenen Entscheidungen und eine genaue Scheidung der Gruppen. Eine vollständige Einteilung der möglichen Fälle bietet folgendes Schema:

1) Erwerb durch gutgläubige, d. h. ohne Bewußtsein der Widerrechtlichkeit vorgenommenen Handlungen. Dazu kann man nehmen a. Verwertung fremder Sachen, wodurch das bisherige Eigentum zerstört wird. b. Besitzerwerb.
2) Erwerb durch Handlungen des Verlierenden ohne Veräußerungsabsicht. Tritt ein a. bei Verwendungen auf fremde Sachen, b. bei Verwendungen auf sonstige fremde Angelegenheiten.
3) Erwerb ohne Zutun eines der Beteiligten, u. zw. a. überhaupt ohne menschliches Zutun. b. durch Handlungen Dritter.

Stellen wir alle Fälle zusammen, welche sich in eine dieser Rubriken bringen lassen, so können wir der Vollständigkeit des Materials sicher sein. Zugleich aber haben wir auch die Fälle nach ihrer inneren Zusammengehörigkeit geordnet, so daß die folgende Untersuchung sich an dieses Schema anschließen kann. Die Resultate der Untersuchung mögen gleich vorausgestellt sein:

Verwertung der fremden Sache mit Zerstörung des bisherigen Eigentums ist nicht als Bereicherung anzusehen und begründet für sich allein keinen Anspruch.

Dagegen begründet zufällig erfolgter Besitzerwerb in allen Fällen Bereicherung und einen Anspruch für den verlierenden Vorbesitzer.

Die durch Handlungen des Verlierenden erhaltenen Vorteile sind immer zurückzuerstatten. Ebenso die ohne menschliche Einwirkung erhaltenen.

Handlungen Dritter bewirken nur in Ausnahmsfällen ein directes Rechtsverhältnis zwischen dem Empfänger und dem Verlierenden, diese Fälle sind besonderer Natur und gehören nicht in die Bereicherungslehre.

B. Gutgläubige Entziehung des bisherigen Eigentums.

In einer Reihe von Fällen verliert der Eigentümer den dinglichen Rechtsschutz, die Vindication, wo für ihn der Verlust des Wertes der Sache doch ungerechtfertigt erscheint. Es wird die Verfolgung der Sache entweder unmöglich, oder die Rechtsordnung hält dieselbe doch für unzulässig, weil dadurch die Vernichtung von Werten bedingt oder die Sicherheit des Sachenverkehrs wesentlich beeinträchtigt würde. Und das moderne Recht geht in dieser Richtung immer weiter über das Römische hinaus, so daß es beinahe dahin kommt, daß jeder redliche Erwerb die Eigentumsklage ausschließt. Umsomehr erhebt sich die legislatorische Frage, ob es nicht geboten ist, den Eigentümer für die verlorene Vindication in anderer Weise, nämlich durch Gewährung obligatorischer Ansprüche zu entschädigen? In unser Gebiet aber fällt die ganze Materie darum, weil diese Entschädigungsansprüche als Bereicherungsansprüche angesehen werden könnten, ja soweit sie im Römischen Recht vorkommen, wirklich als solche angesehen worden sind.

Wenn eine Sache mit einer andern untrennbar verbunden wird, so hört die Vindication auf, doch erhält der vorige Eigentümer einen obligatorischen Anspruch, welcher, abgesehen von der alten act. de tigno juncto, durch utilis rei vindicatio oder act. in factum verfolgt wird. Das ist bezeugt in l. 5 § 3. 6. 1. l. 9 § 2. 41. 1 für den Fall, daß ein Baum in ein fremdes Grundstück eingepflanzt oder die fremde Tafel bemalt wird. Allgemeiner aber sagt von den Fällen untrennbarer Verbindung l. 23 § 5. 6. 1 (Paulus):

> ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est.

Aber nur daß der frühere Eigentümer einen Anspruch, eine actio erhält, ist gewiß, gegen wen und worauf der Anspruch sich richtet, höchst bestritten. Gegenstand des Anspruchs kann entweder der Wert der verbundenen fremden Sache oder die aus der Verbindung resultirende Werterhöhung der eigenen Sache des Verbinders sein, also entweder der Verlust der einen oder der Gewinn der andern Partei. Der Anspruch kann entweder wie die Eigentumsklage der Sache folgen, also gegen den jeweiligen Besitzer gehen, oder nur den Verbinder treffen.

Eine Verständigung über diese Fragen zu erzielen, ist kaum zu hoffen, da die Quellen uns fast völlig im Stiche lassen. Auch der Ausweg, aus einer etwaigen Theorie der rei vindicatio utilis sichere Resultate für die vorliegenden Fälle zu entnehmen, kann nicht als zulässig angesehen werden. Wir haben es hier nur mit einer Klagform zu tun, aus welcher sich der

unterliegende Anspruch nicht bestimmen läßt, da nicht für alle Anwendungsfälle derselben das Gleiche gelten muß.[1])

Was den Gegenstand betrifft, so meine ich, daß denselben nicht die aus der Verbindung resultirende Bereicherung bilden kann. Denn von Bereicherung könnte man niemals sprechen bei den späteren Eigentümern, welche die ganze Sache vom Verbinder erwerben. Aber auch beim Verbinder selbst ist der Gesichtspunkt der Bereicherung kaum anzuwenden. Der Erwerb des Eigentums an sich bereichert den Besitzer noch nicht, wenn er die Sache entgeltlich an sich gebracht hat. Ja es zeigt sich, sobald er der Sache sich entäußert hat, daß der Eigentumserwerb gar keine Veränderung seiner Lage hervorgebracht hat, denn er wäre auch ohne denselben von der Vindication befreit worden. Wie unhaltbar der Standpunkt der Bereicherung hier ist, dürfte jedem sich aufdrängen, der die Detailfragen nach dem Einfluß des Unterganges, des unfreiwilligen Verlustes, der entgeltlichen oder unentgeltlichen Veräußerung der verbundenen Sache zu beantworten versucht. Ich nehme also mit der herrschenden Meinung an, daß der Anspruch auf Ersatz des Wertes der verbundenen Sache geht, womit auch l. 5 § 3. 6. 1 viel besser übereinstimmt.

Diese Stelle ergibt auch ein Argument für die Lösung der zweiten Frage nach der Person des Verpflichteten, sofern es hier heißt: si possideat. Der Anspruch kann gegen den Verbindenden nur gehen, so lange derselbe die Sache besitzt, so lange ohne Verbindung die Vindication möglich gewesen wäre.[2]) In dieser Gestaltung erscheint der Anspruch als eine nur in ihrem Erfolge modificirte Vindication und als ebenso gerechtfertigt, wie vor der Verbindung diese. Aber wenn der Anspruch den Besitz des Verbinders überdauern würde, so wäre eine Rechtfertigung desselben nicht zu erdenken. Denn da der Verlust des Besitzes ohne Einfluß auf den Anspruch bleibt, da also die Bereicherung nicht entscheidend ist, so wäre der Entschädigungsanspruch nur gegründet auf die Tatsache, daß dem Eigentümer die Vindication entzogen wurde, es würde also die ohne dolus und culpa bewirkte Beschädigung einen Ersatzanspruch begründen — eine Bestimmung, die ihres Gleichen im Römischen Recht nicht mehr hat.[3])

---

[1]) S. Ihering, Jahrb. f. D. I. S. 158 flg. hält die r. v. ut. immer für eine blos obligatorische; Kindervater, Jahrb. f. gem. R. VI. S. 337 flg. immer für eine dingliche Klage. Richtig betont die Ungleichheit der einzelnen Fälle Windscheid, I. § 174 N. 9. — Über das Verhältnis von a. in fact. und r. v. ut. dürfte Fitting, Arch. f. c. Pr. 48. S. 351 zuzustimmen sein.

[2]) Gleicher Ansicht Wächter, Erörterungen. II. S. 99 N. 94.

[3]) Man hat wol behauptet, die in Frage stehende a. in factum sei eine Ergänzung der Aquilischen Klage, aber ohne jeden Anhalt. Es mag vielleicht auch bei nachweisbarer Culpa die a. leg. Aqu. zulässig sein, aber sie ist dann mit unserer Klage nicht identisch. S. darüber Fitting S. 347. N. 139.

Ein gleicher Ersatzanspruch müßte dann doch umsomehr zugelassen werden, wenn der Besitzer durch Vernichtung der Sache die Vindication unmöglich macht und davon ist ja keine Spur.

Ein wichtiges Argument würde wol die act. de tigno juncto bieten, doch ist der Quellenstand leider nicht ganz klar. Daß sie gegen jeden Besitzer des Hauses oder Weinbergs, worin der Balken verwendet war, sich richtete, würde man aus J. II. 1 § 29, l. 7 § 10. 41. 1, l. 98 i. f. 46. 3 mit Sicherheit entnehmen können. Doch in l. 1. 47. 3 ist die Klage ebenso gewiß als Delictsklage gefaßt und nur gegen den gegeben, qui convictus esset junxisse. Freilich ist keine Frage, daß diese Stelle nur an die wissentliche Verwendung der fremden Sache denkt. Es scheint sonach die Bestimmung der Zwölftafeln keine einfache gewesen, oder doch später nach dem Tatbestand modificirt worden zu sein.[1]) Genug, daß dieser Punkt nicht wider uns spricht.

Mit diesem Punkte, daß der Verbindende nur als Besitzer der fremden Sache und so lange er Besitzer ist, auf Werterſatz haftet, ist die weitere Frage noch nicht erledigt, ob die rei vindicatio utilis auch gegen die besitzenden Singularsuccessoren des Verbindenden geht. Man wird zugestehen müssen, daß es ganz gut denkbar wäre, die Ersatzpflicht auf den besitzenden Verbinder allein zu beschränken, daß dies sogar zur Erleichterung des Sachenverkehrs recht wünschenswert wäre.[2]) Doch scheint mir für das Römische Recht die reipersecutorische Natur des Anspruchs das wahrscheinlichere. Besondere Schwierigkeiten bietet diese Gestaltung nicht,[3]) sie schließt sich ganz der normalen Eigentumsklage an und der Unterschied des Anspruchs von dem normalen Eigentumsanspruch liegt nur in dem Erfolge. Und man wird die Wirkung gegen Dritte hier nicht leugnen können, wenn man sie bei dem analogen Falle zugeben muß, wo der Eigentümer der Nebensache die Verbindung herbeigeführt hat. Derselbe kann seinen Ersatzanspruch nur durch Exception geltend machen, aber die Exception steht ihm doch zweifellos auch dann zu, wenn das Eigentum der Hauptsache seit der Verbindung auf eine andere Person übergegangen ist.

Das Resultat des Vorstehenden ist also, daß bei Untergang des Eigentums durch untrennbare Verbindung, zwar für den verlierenden Eigentümer ein persönlicher Anspruch entsteht, daß dieser Anspruch aber

---

[1]) S. Windscheid § 188. N. 14—16. Sintenis I. § 50. N. 52. Schmid Civilrecht S. 139 flg.

[2]) Namentlich mit dem Buchsystem kann sich eine Ersatzklage gegen alle Besitzer nicht vertragen.

[3]) Die Bedenken, die Ihering, Jhrb. I. S. 162. 163 erhebt, sind nur zutreffend, wenn man alle Fälle der rei vind. utilis gleich behandeln will.

nicht zu den Bereicherungsansprüchen zu zählen ist, sondern eine ganz besondere Natur hat, nämlich die eines inhaltlich abgeschwächten Eigentumsanspruches.

In allen anderen Fällen der Aufhebung des Eigentumsanspruchs ist ein ähnlicher Ersatzanspruch nicht gewährt worden. Das steht in Betreff der Usucapion, der Consumption und der Vermischung von Geldstücken wol außer Zweifel.[1]) Aber über die Specification sind einige Bemerkungen erforderlich. Ein Zeugnis für den Ersatzanspruch des Eigentümers existirt nicht. In l. 29 i. f. l. 30. 24. 1 ist die Rede von einer Schenkung zwischen Ehegatten, und da ist ja selbstverständlich, daß auch jede aus dem Geschenk gemachte Bereicherung zurückgefordert werden kann. Aber der Grund des Anspruchs ist die verbotene Schenkung und nicht die Specification, der Beklagte ist der Beschenkte und nicht der gewöhnliche redliche Besitzer.[2]) Man sollte also endlich diese Stelle bei Seite lassen.

Entschieden gegen den Ersatzanspruch des Eigentümers zeugt Gai II. 79, da hier ganz präcise das Eigentum dem qui fecerit zugesprochen wird, die actio furti und die condictio aber nur gegen den statuirt wird, qui subripuerit. Die correspondirende Stelle in Justinians Institutionen J. II. 1. § 25. 26 fügt zwar noch den Fall der Specification aus eigenen und fremden Sachen hinzu, sagt aber genau in dem Sinne von Gaius:

> qui dominus fuit purpurae, habet furti actionem et condictionem adversus eum qui *subripuit* sive ipse est qui vestimentum fecit, sive alius.

Somit ist gewiß, daß der Anspruch, von dem hier die Rede ist, nicht auf der bloßen Tatsache der Specification beruht. Und an diesem Resultat kann die zur Begründung der angegebenen Entscheidung dienende Bemerkung

> nam extinctae res licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et a quibusque aliis possessoribus possunt

nichts ändern. Denn wenn der Sinn dieses Satzes auch nicht klar ist, so muß doch das eine festgehalten werden, daß derselbe dem Vorhergehenden, das er bestärken soll, nicht widersprechen darf, daß er daher nicht als

---

[1]) Krüger, Arch. f. c. Pr. 63. S. 384 N. 9, scheint der Ansicht, daß bei Hingabe fremden Geldes die condictio sine causa nicht immer dem Geber, sondern manchmal dem Eigentümer des Geldes erworben werde. Aber die citirten Stellen (l. 12. l. 18 § 1, l. 32. 12. 1, l. 30. 19. 1, l. 24 pr. 44. 7), welche den Geber als Eigentümer voraussetzen, können das natürlich nicht beweisen. Direct dagegen c. 8. IV. 34. — Ebenso haltlos ist die noch weiter gehende Behauptung von Vangerow, III. § 428. Anm. III. i. f.

[2]) Daß die Klage als utilis actio, d. h. wol als utilis rei vindicatio bezeichnet wird, hat keinen Einfluß, da auch in l. 55 ht. diese Klage auf Grund der ungiltigen Schenkung gegeben wird.

Zeugnis für eine auf die Specification allein gestützte Condiction gelten kann.[1])

Man kann für den Ersatzanspruch also nur darauf sich berufen, daß die Regeln über die Accession wegen der völligen Gleichheit des Verhältnisses auch hier anzuwenden seien.[2]) Müßte man diese analoge Erweiterung als passend anerkennen, so käme man nach dem Vorgesagten nicht zu einem Bereicherungsanspruch, sondern nur zu einer eigentümlichen Erweiterung des Eigentumsanspruchs. Aber die Zulässigkeit der Analogie ist hier höchst fragwürdig. Denn mit gleichem oder besserem Rechte könnte man auch die Analogie der Consumption heranziehen. Wenn derjenige, der das Getreide ausgesät, den Wein getrunken hat, nicht ersatzpflichtig ist, warum sollte es derjenige sein, der das Mehl zu Brod, die Trauben zu Wein gemacht hat? Und ebenso fragen, Vermischung von Getreide und von Geld ist gleich, warum werden die Fälle nicht gleich behandelt?

Man wird daher richtiger die Frage umgekehrt stellen, wenn bei Usucapion, Consumption, Vermischung von Geld und Specification kein Anspruch anerkannt ist, warum ist er anerkannt bei Accession? Darauf erwidert Ihering,[3]) „bei der Accession ist die Sache noch äußerlich sichtbar vorhanden, nur verbunden mit der eines Anderen, von der sie sich zur Not wieder trennen ließe; davon zwar sieht das Recht mit gutem Grunde ab, spricht aber dafür dem Eigentümer, der darauf pocht, daß seine Sache ja noch da sei, eine Entschädigung zu. Bei der Specification ist die Sache als solche vernichtet." Denkbar ist jedoch auch, daß das Bedürfnis nach Sicherung des Sachverkehrs in Rom nicht so stark empfunden wurde, um auch in den Fällen der Accession die Eigentumsverfolgung ganz zu sistiren; dann wäre die Regelung dieses Verhältnisses nur auf den Gesichtspunkt, nicht unnötiger Weise Werte zu vernichten, zurückzuführen. Ob das eine oder das andere der Fall, ob die besondere Behandlung der Accession innerlich begründet oder nur eine Concession an die Laienauffassung ist, läßt sich natürlich nicht entscheiden, genug, daß in beiden Fällen die besondere Behandlung der Accession motivirt erscheint.

Das moderne Recht hat die Eigentumsverfolgung dem gutgläubigen Erwerber gegenüber noch in mehreren Fällen beschränkt, ohne an Stelle derselben dem Eigentümer einen besonderen obligatorischen Schutz zu gewähren.[4]) Dagegen hat es in der Frage der Accession und Specification

[1]) Windscheid, Zwei Fragen. S. 16 flg. Ihering, Jahrb. 16. S. 249 flg.

[2]) So Fitting, Arch. f. c. Pr. 48. S. 348. — Die Existenz des Rechtssatzes im deutschen Gewohnheitsrecht kann dahingestellt bleiben, sie interessiert uns nicht.

[3]) a. a. O. S. 271.

[4]) Allg. H. G. B. Art. 306, 307, österreich. a. b. G. B. § 367. 456. Über das österreich. Recht s. Beilage II.

der scheinbaren „natürlichen Billigkeit" folgend von dem Römischen Recht vielfach abweichende, den Besitzer strenger treffende Bestimmungen aufgenommen. Unklar bleibt es meist auch hier, ob der Anspruch des Eigentümers auf Werterſatz ein persönlicher gegen den Verbindenden oder Specificanten allein gerichteter ist, oder ob er gegen jeden späteren Besitzer der specificirten oder verbundenen Sache geht.

C. Bereicherung durch zufälligen Besitzerwerb.

1. Voraussetzungen des Anspruchs.

Es wird gegenwärtig immer allgemeiner anerkannt, daß auch die Condictionen dem Schutze des Besitzes dienen können, daß die unberechtigte Erlangung des Besitzes einen Bereicherungsanspruch zu begründen vermag.[1]) Freilich sind die Quellenzeugnisse für diese Ansicht nur dürftige. Erklärlich wird dieser Mangel, wenn wir an die späte Entstehung der condictio possessionis und die Unvollkommenheit der Römischen Besitzlehre überhaupt denken. Wenn aber auch nicht direct bezeugt und den Römischen Juristen nicht völlig zu Bewußtsein gelangt, ist der behauptete Rechtssatz doch ein durchaus Römischer, aus dem übrigen Rechtsinhalt mit Sicherheit abzuleitender.

Die Gründe, die dafür sprechen, sind bereits treffend hervorgehoben worden.[2]) Besitz ist im Römischen Recht, wenn auch nicht ausdrücklich als Recht, so doch zweifellos als Gut anerkannt. Übertragung desselben begründet Condictionen,[3]) bewußtwiderrechtliche Entziehung desselben ebenfalls.[4]) Ist ein Grund denkbar, warum der Besitzer nicht auch gegen nichtdolose Entziehung durch gewöhnliche Klage geschützt werden soll? Daß der an sich vollständig gerechtfertigte Anspruch durch die Besitzinterdicte nicht ganz geschützt wird, ist nur ein Grund mehr, auch den Condictionsschutz für zuläſsig zu halten. Würden aber auch die Interdicte weiter reichen, so würde das Concurrenzverhältnis die Condiction vielleicht unnötig, aber nicht unmöglich erscheinen lassen.

---

[1]) Windscheid § 422. § 161. Arndts § 171. Anm. 4. Baron S. 205. Rudorff zu Savigny, Besitz. No. 161. Bruns, Besitzklagen. Ihering. Besitzschutz S. 137. — Dagegen Brinz (2) § 300. Nr. 23.

[2]) Bruns, Recht des Besitzes. S. 17 flg. Besitzklagen. S. 185 flg. Windscheid § 161. Nr. 1—6.

[3]) l. 15 § 1. 12. 6, l. 31 § i. f. 16. 3, l. 33. 39. 6, l. 19 § 2. 43. 26 vgl. auch l. 21. 36. 1, l. 40 § 1. 12. 6.

[4]) l. 2. 13. 3, l. 25 pr. § 1. 47. 2, vgl. auch l. 20. 25. 2.

Wir nehmen also an, daß bei jeder zufälligen Besitzentziehung eine Bereicherungsklage für den Vorbesitzer entsteht. Es fragt sich aber, wie die genaueren Bedingungen dieser Klage festzusetzen sind? Diese Frage kann nur durch einen Vergleich unserer Klage mit den Interdicten beantwortet werden. Fassen wir den Begriff der Besitzklagen nach dem Muster der Interdicte, so erscheint als charakteristisch, daß der Tatbestand nichts voraussetzt als Haben oder doch Erworbenhaben des Besitzes auf der einen, Störung oder Entziehung dieses Besitzesrechtes auf der andern Seite.[1]) Daraus aber folgt, daß die Besitzklagen teilweise mit den Bereicherungsklagen, wie wir sie eingangs definirt haben, zusammenfallen müssen. Insoferne nämlich, als durch die Entziehung des Besitzes eine Bereicherung des Entziehenden und für sich Erwerbenden erfolgt und zugleich die Entziehung nicht als Delict erscheint. Also müssen wir die Interdicte, soweit sie sich auf gutgläubige Besitzentziehung beziehen, für Bereicherungsklagen erklären.

Andererseits erscheinen zwar nicht alle Klagen, nicht alle Condictionen, welche den Besitz zum Gegenstande haben, als Besitzklagen. Nämlich jene nicht, in deren Tatbestand ein weiteres entscheidendes Moment sich findet, wie Entziehung durch Zwang oder Betrug bei actio metus, doli, Besitzübertragung in irriger Annahme einer Rechtspflicht oder unter einem Rückgabeversprechen bei condictio indebiti, ob causam datorum. Wol aber stehen als Besitzklagen den Interdicten gleich die condictio furtiva nebst den sie ergänzenden Specialcondictionen bei delictischer Entziehung und die von uns postulirte Bereicherungsklage in dem Falle der Besitzentziehung ohne böse Absicht.

Aus dieser äußeren Gleichheit des Tatbestandes, zu welcher noch die später zu besprechende Gleichheit des Erfolges hinzutritt, muß man die Folgerung ziehen, daß den beiden Arten von Klagen gemeinsame Rechtssätze zu Grunde liegen, daß sie also nur verschiedene Formen des Schutzes für dieselben Besitzansprüche sind.

Dieser Auffassung widerstrebt zwar Bruns, indem er sagt: „Beide haben zwar den Besitz und seinen Verlust zur gemeinsamen Voraussetzung und die Wiedererlangung zum Zweck, allein der Rechtsgrund der Rückforderung ist bei den Interdicten die positive Handlung, wodurch der Besitz entzogen ist, bei den Condictionen das Erwerben und Haben des Besitzes ohne einen rechtlichen Erwerbsgrund.“[2]) Allein die versuchte Unterscheidung ist nicht zulässig, mag man unter „Rechtsgrund“ des An-

[1]) Vgl. Ihering, Besitzschutz. 2. Aufl. S. 86: Daher int. de precario nicht possessorisch. Bekker, Recht des Besitzes 1882 S. 138.

[2]) Besitzklagen 189.

spruches nun einfach den Tatbestand oder auch die an die äußeren Verhältnisse sich anknüpfenden legislatorischen Erwägungen verstehen. Denn die beiden Seiten, die Bruns an demselben äußeren Tatbestande unterscheidet, das eigenmächtige Entziehen des Besitzes und das unberechtigte Haben des Besitzes, sie sind notwendig und untrennbar verbunden, sodaß die legislatorische Erwägung immer auf beide sich stützt, ob sie nun auch in ihrem Ausdruck die eine oder die andere zuerst berührt.

Auch die processuale Verschiedenheit der beiden Arten von Klagen kann nicht gegen ihre gemeinsame Natur entscheiden. Nicht nur in Rom, auch im modernen Recht herrscht das Bedürfnis, in gewissen Fällen die Besitzfragen in einem strengen, schnellen Verfahren zu erledigen. Das hat aber auf die materiellrechtliche Grundlage der Klagen ebensowenig Einfluß, als etwa die Gestattung des Executivprocesses bei gewissen Urkunden auf die Natur der darin bezeugten Ansprüche. Diese Bemerkung trifft natürlich auch dann zu, wenn man den Ausschluß der petitorischen Einreden bei den Interdicten lediglich als eine processuale Maßregel ansieht und dieselbe deshalb bei den Besitzcondictionen leugnet.[1])

Die wahre wenn auch vielleicht unbewußte Quelle der Bedenken gegen die aufgestellte Ansicht dürfte zu suchen sein in der herrschenden Auffassung der Natur des Besitzes. Ist er kein Recht, so müssen seine Schutzmittel, die Interdicte, von den andern Klagen, die Schutzmittel von Rechten sind, wesentlich verschieden sein. Abgesehen von der methodischen Bedenklichkeit so allgemeiner Erwägungen, ist die Voraussetzung derselben ganz unrichtig, der Besitz muß nach der herrschenden Auffassung des Begriffes der subjectiven Rechte unbedingt als ein solches angesehen werden,[2]) die Interdicte sind daher so gut wie die Condictionen Rechtsschutzmittel.

Wir werden also nur zu untersuchen haben, wie sich die in der Lehre von den Interdicten anerkannten Rechtssätze bei ihrer Durchführung mittelst Condictionen gestalten, welche Modification derselben von dem Standpunkte der Bereicherungsansprüche aus zu behaupten sind. Rücksichtlich der Person des Berechtigten besteht kein Unterschied, denn es muß für uns als selbstverständlich gelten, daß die Besitzcondictionen jedem Besitzer zustehen ohne Rücksicht, ob er auch Eigentümer der Sache ist oder nicht. Dies nimmt auch Bruns S. 193 trotz seiner verschiedenen Auffassung aus guten Gründen an. Eine Erweiterung durch die Condictionen werden wir aber anerkennen müssen bezüglich des Umfangs des Rechtsschutzes.

---

[1]) Jhering S. 138.

[2]) Die trefflichen Ausführungen von Bekker: Recht des Besitzes, z. B. S. 358. 359. Strohal, (Succession i. d. Besitz) Juristische Blätter. Wien, 1881 Nr. 2.

Der Umfang des Interdictenschutzes bei Besitzentziehung hat im Laufe der Entwicklung gewechselt, aber er war niemals ein vollständiger. Die nicht gewaltsame Entziehung wurde bei unbeweglichen Sachen zwar fast ganz durch das Unde vi mit betroffen, in Folge der Fiction der Besitzfortdauer bis zu dem contrarius actus. Aber einzelne Fälle blieben auch hier ungeschützt. Noch mehr war dies bei beweglichen Sachen der Fall, wo anfangs das Utrubi unter Umständen Hilfe gewähren konnte, wo aber später nach Gleichstellung dieses Interdictes mit dem Uti possidetis auch diese indirecte Hilfe wegfiel.

Man ist nun wol darin einig, daß die Formen des Interdictenschutzes zufällige, nicht aus dem Wesen der Verhältnisse heraus geschaffene sind, daß die Consequenz des Römischen Besitzrechtes einen vollen, umfassenden Schutz verlangen würde. Ist Besitz anerkannt als schutzwürdig und bedürftig, warum sollte er nicht überall geschützt worden sein?[1]) Nehmen wir nun dazu die angeführten Stellen, welche den Condictionsschutz gegen bewußt widerrechtliche Besitzentziehung über die condictio furtiva hinaus verallgemeinern, so dürfen wir unbedenklich als Inhalt des richtig gefaßten Römischen Rechts ansehen, daß auch bei zufälliger, in gutem Glauben erfolgender Entziehung eine condictio sine causa anwendbar ist.

Von den einzelnen Punkten, an welchen der postulirte Anspruch weiter reicht, als der Interdictenschutz, sei folgendes erwähnt. Zunächst die heimliche Aneignung fremder Sachen, welche durch Irrtum, Verwechslung, Handlungen Dritter, insbes. gewaltunterworfener Personen, oder ohne jedes menschliche Zutun erfolgt.[2])

Ferner aber auch Entziehung aus der Erbschaft. Denn der steifen Besitztheorie nach geht zwar der Besitz des Erblassers weder auf die Erbschaft, noch auf den Erben über. Aber eine consequente Durchführung dieser Auffassung wäre gar nicht möglich und ist auch im Römischen Recht nicht versucht.[3]) Es kann ja gar keinen Unterschied machen, ob der Dritte den Besitz einer Sache sich bei Lebzeiten des Erblassers oder nach seinem Tode aneignet, immer ist er widerrechtlich bereichert, die erblasserische Vermögensmasse gemindert. Unschädlich wurde die theoretische Auffassung insbesondere durch die Gestaltung der hereditatis petitio, welche possessorische Funktion haben kann, indem sie gegen den praedo geht und auch

---

[1]) S. bes. Ihering a. a. O. S. 136 flg.

[2]) S. Ihering a. a. O. S. 136. Jahrb. f. Dogm. 16. S. 317. Bruns S. 135.

[3]) Der Usucapionsbesitz wurde nicht geleugnet, s. Bekker, S. 289 flg. Und die Delicte, die Besitzentziehung voraussetzen, wurden auch bei der Erbmasse verpönt, s. tit. D. 47. 4, 19, auch c. 11. VIII. 4, und Bruns S. 120 flg. Über die moderne Praxis und Auffassung s. Cozack, Besitz des Erben. § 6. 7.

zulässig ist, wenn der Erblasser an der entzogenen Sache nur Besitz hatte.[4]) So wenig man aber dem Erben verwehren kann, als erbschaftliche Singularklage statt der Vindication die Publiciana zu wählen, so wenig kann man ihm versagen die hereditatis petitio auf Besitzherausgabe zu stellen, auch wenn er an der Sache ein stärkeres Recht hat. Es wird unten gezeigt werden, daß einige Unterschiede der Erbschaftsklage von der gewöhnlichen Eigentumsklage ihre Erklärung eben durch ein neben dem dinglichen stehendes obligatorisches Moment finden, welches nur die Besitzentziehung sein kann. Wir finden also unseren Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung durch eigenmächtigen Besitzerwerb auch hier anerkannt, aber durch ein weiteres Rechtsmittel, die hereditatis petitio, geschützt. Nach unserer Ausführung wäre hier auch eine condictio sine causa möglich gewesen.

Gleich diesem Falle müssen wir den anderen setzen, wo es nicht der Erbe, sondern ein Vindicationslegatar ist, der durch Besitzentziehung benachteiligt wird. Auch er hat nicht den Besitz nach der theoretischen Auffassung, aber er würde ihm zuerkannt werden müssen, sobald wir überhaupt Vererbung des Besitzes anerkennen würden. Ein besonderes Rechtsmittel findet sich dem Legatar nicht zugesprochen, da der Fall, daß ihm nur Besitz an der Sache zufallen würde, nicht möglich ist, kraft der Regel, daß nur eigene Sachen des Erblassers so legirt werden können. Hier wird also unsere Besitzcondiction als einziges Rechtsmittel für den in Frage stehenden Anspruch anzusehen sein.

Endlich wird der Besitzschutz durch die Condiction auf zwei Fälle ausgedehnt werden müssen, wo nach der Theorie der Besitz aufgehört hat. Zunächst bei verlorenen Sachen. Daß condictio furtiva bei wissentlicher Aneignung des Verlorenen eintritt, ist gewiß. Kaum fraglich ferner, daß wir ihr hier, wie bei directer Entziehung des Besitzes, eine cond. ob injustam causam für den besitzenden Nichteigentümer zur Seite stellen müssen. Dann aber wird auch bei unwissentlicher, gutgläubiger Aneignung des Besitzes unsere condictio sine causa zugelassen werden, da ja der Schutz des Verlierenden von der Billigkeit gefordert wird.[1])

---

[4]) l. 19 pr. 5. 3. Ihering: S. 85 flg.: „Es fehlt hier zwar der Besitzschutz, aber nicht die Besitzidee." — Der Einwand von Bruns, S. 16: daß petitorische Einreden möglich seien, ist nicht bewiesen und irrelevant, wie sofort sich ergeben wird. — Den Besitzanspruch zu leugnen, weil außer Besitz auch Erbrecht zum Tatbestand gehört (Randa, Besitz. § 1 N. 10 flg. S. 204 flg.), ist unrichtig, weil das Erbrecht nur zur Legitimation des Klägers, nicht zum Fundament des Anspruchs gehört.

[1]) So Bruns S. 256. 257. 122: „Besitzklage für den ehemaligen Besitzer — kann man bei verlorenen Mobilien sogar für ein practisches Bedürfnis halten."

Der zweite Fall ist der der vacua possessio absentium, von welcher c. 11 VIII. 4. spricht. Ich fasse denselben mit Bruns dahin auf, daß der Stellvertreter im Besitze denselben factisch verloren hat durch Tod oder Fortgehen aus demselben, oder im Falle der l. 28. 41. 1 dadurch, daß er deicirt wurde von einem Dritten, ohne daß der letztere jedoch selbst den Besitz sich aneignete.[1]) Der Besitz steht also nach der Theorie leer, wie ist der zu beurteilen, der ihn ergreift? Es entscheidet c. 11 cit.:

talem possessorem uti praedonem intelligi, — quod *omnes scire debent*, quod suum non est, hoc ad alios omnimodo pertinere.

Aus dieser Entscheidung ist nun für den Fall, wo das *scire debere* doch nicht zutreffen, der Ergreifer des Besitzes also in gutem Glauben sein sollte, der sichere Schluß gegeben, daß mindestens eine Bereicherungsklage stattfinden müsse.

Wir gelangen daher zu folgendem Rechtssatze: Gegen denjenigen, welcher sich den Besitz einer Sache eigenmächtig aneignet, steht dem unmittelbaren Vorbesitzer, der den Besitz durch diese Aneignung oder schon vorher durch Zufall[2]) verloren hat, sowie dem Rechtsnachfolger des Vorbesitzers eine Bereicherungsklage zu.

Die weitere Frage, welche Einreden bei den Besitzcondictionen zuzulassen sind, ist mehrfach besprochen worden, ohne daß man sich einigen konnte. Entscheidungsgründe dafür können nur aus allgemeinen Erwägungen über die ganze Gestaltung der Besitzlehre gewonnen werden. Wir werden also in Betracht zu ziehen haben, ob die Zulassung der Einreden einen Einfluß auf den Umfang des Besitzschutzes nimmt, oder ob sie mehr processualer Natur ist.

Der Ausschluß der petitorischen Einreden bei den Interdicten hat die materiellrechtliche Bedeutung, daß dem Besitzer in allen Fällen die Vorteile des Zwischenbesitzes, d. h. zwischen der unberechtigten Besitzentziehung und dem entgiltigen Nachweise eines dinglichen Rechts auf die fragliche Sache, bleiben sollen. Und diese materiellrechtliche Bestimmung muß auch erhalten bleiben, wenn wir zum Schutze des Besitzers eine Condiction zu-

---

Wächter, Pand. II. S. 100, widerspricht, aber nur von dem Standpunkte des Besitzbegriffes aus; s. aber daselbst S. 99 i. f. für die Billigkeit dieses Anspruchs!

[1]) Bruns. 120 flg. Über die Stelle die verschiedensten Ansichten, s. die Citate bei Bekker. S. 268. N. 1. — Daß hier neues verordnet wird, bestätigt unsere Ansicht, daß die Theorie der c. possessionis erst in der Entwicklung war, ist aber kein Hindernis sie völlig auszuführen.

[2]) So ist die Occupation herrenloser und derelinquirter Sachen ausgeschlossen.

lassen.[1]) Allein die völlige Abweisung des dinglichen Gegenanspruchs aus dem Besitzstreit erscheint nicht als eine unbedingte Notwendigkeit. Der Besitzer wird nicht verkürzt, wenn ein liquider petitorischer Gegenanspruch im selben Processe berücksichtigt wird, wenn ihm dabei nur die Vorteile des Zwischenbesitzes gewahrt bleiben, welche ihm bei selbständiger Geltendmachung des dinglichen zufallen würden[2]) Der unbedingte Ausschluß der petitorischen Einreden im Interdictenproceß erscheint danach als eine nicht unerläßliche processuale Besonderheit, welche bei den Besitzcondictionen nicht aufzunehmen ist. Wie sich bei diesen die petitorischen Gegenansprüche in den Proceß einfügen und wann dieselben berücksichtigt werden können, ist besser unten bei dem Object des Anspruchs zu erwähnen.

Aus l. 33. 12. 6 (Julian) läßt sich für die vorliegende Frage nichts gewinnen. Es wird dort gesagt, daß, wer auf fremdem Grunde gebaut hat, keine condictio indebiti auf Ersatz der Impensen habe, weder, wenn er die Sache dem Eigentümer ohne Ersatz herausgegeben, noch wenn dieser dieselbe eigenmächtig in Besitz genommen hätte, cum aedificium dominus occupat. Zu den Vorteilen des Zwischenbesitzes gehört auch die Möglichkeit der Retention und diese oder den daraus resultirenden Vorteil müßte nach unserer Ansicht der Besitzer immer beanspruchen können. Wenn hier dieses Anspruchs nicht erwähnt und die condictio indebiti schlechthin negirt wird, so genügt es wol nicht einfach zu sagen, es sei nur an die condictio rei gedacht.[3]) Das Bedenkliche ist eben, daß der postulirten condictio possessionis nicht gedacht wird. Aber man könnte vielleicht annehmen, daß mit Rücksicht auf den althergebrachten Satz, daß Impensen nicht klagweise gefordert werden dürfen, nur dieser specielle Vorteil des Zwischenbesitzes versagt, nicht aber der Anspruch des Besitzers überhaupt negiert werden sollte. Unserer Auffassung bleibt die Stelle aber auch unschädlich, wenn wir zugeben, daß Julianus wirklich diese Anwendung der condictio possessionis noch nicht anerkannt hat; wir gestehen ja zu, daß die erst kurz von Julian erfundene condictio incerti nicht auf einmal nach umfassenden Principien, sondern nur in einzelnen, besonders billig erscheinenden Fällen allmälig Aufnahme gefunden hat. Vgl. auch Brinz II. S. 511. N. 27.

Für die Entscheidung bei den possessorischen, d. h. den auf fehlerhaftem Erwerb des Besitzes beruhenden Einreden hat Bruns die richtigen

---

[1]) Ihering S. 138 hält die ganze Bestimmung für eine processuale. — Windscheid. §. 161. N. 12 sagt: „Wenn der Beklagte ein Recht zu besitzen hat, so ist die Veränderung, die in der Vermögenslage der Parteien eingetreten ist, keine ungerechtfertigte.“ Aber man hat nur das Recht: auf dem Rechtswege den Besitz zu verlangen; nicht aber denselben eigenmächtig zu entziehen.

[2]) Dieser Ansicht auch Bruns S. 304, doch ist seine Auffassung nicht ganz klar, wenn er bei liquidem Beweise einfach exc. doli zulassen will.

[3]) Bruns. S. 205.

Gesichtspunkte angegeben.[1]) Ob auch der vitiös erlangte Besitz in der Zwischenzeit bis zu Austrag der Frage der ersten Besitzentziehung zu schützen sei, kann zweifelhaft erscheinen, da diese Frage bei den Interdicten nur bei gewaltsamer Entziehung, nicht aber bei Störung des Besitzes bejaht ist. Und ob es zulässig ist, hier alle Arten der Besitzentziehung gleich zu behandeln, ist doch fraglich.

Damit ist aber nicht die Bedeutung der ersten Besitzentziehung vermindert, dieselbe bildet die Grundlage für einen selbständigen Gegenanspruch des jetzigen Besitzers und aus der zweiten Entsetzung Beklagten gegen den Kläger, der die erste Entsetzung vorgenommen hatte.[2]) Auch diesen Gegenanspruch im selben Processe nicht zuzulassen, ist kein Anhalt vorhanden, so daß schließlich ein ähnlicher Effect erzielt wird, als wenn die eigentliche Einrede des vitiösen Besitzes gestattet würde. Über die Behandlung dieses Gegenanspruchs wird ebenfalls besser unten gesprochen werden.

2) Gegenstand des Anspruchs.

Der Gegenstand der auf Besitzentziehung gegründeten Ansprüche läßt sich wol in abstracto leicht bestimmen, er besteht entweder in dem Ersatz des Interesses, welches der Vorbesitzer an der Nichtentziehung des Besitzes hatte, oder nur in der Bereicherung, die dem Entziehenden durch den erworbenen Besitz zugegangen ist. Aber bekannt sind die Schwierigkeiten, welche die Durchführung dieser Bestimmungen in den Mannigfaltigkeiten der einzelnen Fälle bietet.

Den ersten Punkt, das Interesse an dem Besitze, dürften wir dahingestellt sein lassen, da dasselbe nur dort zur Sprache kommt, wo die Besitzentziehung in bewußt widerrechtlicher Weise geschehen ist. Es sei dazu nur unter Hinweis auf die trefflichen Ausführungen von Bruns[3]) bemerkt, daß die Schwierigkeiten der Frage für die Römer nicht so ganz besondere gewesen zu sein scheinen, und daß dieselben sich wirklich erheblich vermindern, wenn man nur folgendes beachtet. Wenn das Besitzinteresse zu leisten ist, so muß mindestens auch die Bereicherung aus dem Besitz herausgegeben werden, da ja der Kläger nur die Behauptung der bewußten Widerrechtlichkeit zu unterlassen braucht, um seinen Anspruch auf die Bereiche-

---

[1]) 208 flg.

[2]) S. Bruns, S. 209. flg. Rudorff zu Savigny, S. 712.

[3]) Besitzklagen, S. 189 flg. — Der Ausdruck „Wert des Besitzes" scheint mir so wenig passend wie der des „Affectionswertes". Wert deutet auf eine allmein giltige Schätzung hin, während die Schätzung hier nur nach den concreten Umständen erfolgen kann. Also besser: Interesse.

rung zu begründen. Die Bereicherung durch Besitz läßt sich aber viel leichter feststellen; bei Bemessung des Anspruches auf dieselbe wird, wie jetzt darzutun, regelmäßig vom Sachwerte ausgegangen, daher kommt das Interesse hauptsächlich dort in Frage, wo mehr als der Sachwert gefordert werden will. Daß mit dieser Auffassung die spärlichen Quellenstellen harmoniren, ist ebenfalls im folgenden berührt.

Wir wenden uns der Frage zu, wie die auf die Bereicherung durch Besitzerwerb gerichteten Ansprüche zu bemessen sind — eine Frage, die ich nirgends berührt finde, obwol dieselbe wie eben erwähnt, nicht allein für die Besitzcondictionen, sondern auch für das Interdict unde vi von Bedeutung ist. Für die Beantwortung fehlt jedes directe Quellenzeugnis. Doch werden die Regeln der condictio indebiti hier anzuwenden sein, da beide Verhältnisse völlig analog sind, indem sich im Tatbestand derselben neben dem ohne zurechenbares Verschulden erfolgten Vermögensübergange kein Moment findet, welches die Verpflichtung des Empfängers beeinflussen könnte. Wir verweisen daher für die weitere Begründung der nachstehenden Sätze auf die Lehre von der condictio indebiti.

Den Ausgangspunkt bildet die processuale Gestaltung der Condictio. Die Intentio derselben muß auf Rückstellung des Besitzes gelautet haben,[1]) die Clausel der Condemnation quanti ea res est erlaubte, wie oben hervorgehoben, Rücksicht auf Umstände, welche den Anspruch steigerten oder minderten. Die Umstände aber, welche den Anspruch mindern, liegen außerhalb der Klagbehauptung und sind von dem Beklagten zu beweisen.

Sonach dürfen wir annehmen, daß der Beklagte nur befreit wurde durch Restitution des Besitzes der unversehrten Sache nebst den Früchten, die er daraus gezogen hatte. Auch die Benutzung der Sache selbst erscheint als Gewinn, soweit ein Preis für dieselbe hätte gezahlt werden müssen. Was Zinsen betrifft, so wird hier dasselbe zu gelten haben wie bei der condictio indebiti, daß solche nicht zu leisten sind, da das Ausleihen des Geldes auf Gefahr des Beklagten geschieht.

Wenn nun der Besitz nicht restituirt wird, so ist die Condemnatio auf Geld zu stellen, aber nach welcher Schätzung? Sehen wir zunächst auf den Fall, wo der Beklagte keine Einwendungen und Gegenbeweise beibringt, sondern einfach den Anspruch nicht erfüllt, so kann es nicht fraglich sein, daß die Schätzung auf den Sachwert zu stellen ist, auch ohne daß Kläger seine weitere Berechtigung an der Sache, etwa sein Eigentum, zu erweisen brauchte. Diese Frage ist ja nicht allein hier zu lösen, sie ist eine allgemeine. Und die gleiche Entscheidung muß bei allen Ansprüchen auf Rückstellung des Besitzes oder der factischen Innehabung eintreten, welche nicht

---

[1]) l. 15 § 1. 12. 6 — ut vel *possessio* eorum *reddatur*.

auf dem Eigentum beruhen und darum den Beweis desselben nicht voraussetzen. Sonst würde das Princip der Geldcondemnation es dem bösen Willen des Beklagten anheimstellen, die Regeln über die Voraussetzungen der Ansprüche illusorisch zu machen, es würde jedes Depositum oder Leihverhältnis schließlich zum Eigentumsbeweis führen.[1]) Diese Gestaltung wäre also geradezu absurd gewesen; daß sie nicht bestand, wird durch manche Umstände bestärkt. So bei allen Klagen, wo das juramentum in litem zulässig war, insbes. der act. publiciana.[2]) Nach allgemeinen Aussprüchen, daß bei ihr die Regeln der rei vindicatio gelten, und nach der Natur des Verhältnisses kann hier kein weiterer Eigentumsbeweis gefordert werden, sobald Kläger den Sachwert eidlich bestimmt. Das Gleiche muß aber auch gelten, wenn er nicht schwören, sondern die Schätzung dem Richter überlassen wollte,[3]) da er in diesem Falle doch nicht strenger behandelt werden kann.

Ferner, wenn die Geldcondemnation sich nur auf das nachzuweisende Interesse an der Sache gerichtet hätte, so hätte die ausdrücklich anerkannte actio depositi oder die actio pigneratitia des praedo keine Wirkung gehabt, denn das Interesse an seinem Besitz ist doch ein minimales.[4]) Endlich wäre die Verfügung: precarium, commodatum, locatio conductio rei suae non est unnötig gewesen, Beklagter hätte einfach nicht herausgegeben und wäre geschützt gewesen, da bei der Schätzung der Kläger sein Eigentum nicht hätte beweisen können. So gewiß diese Verfügung aber nur dem Beklagten den Beweis seines Eigentums zugesteht, so gewiß hatte der Kläger den Eigentumsbeweis niemals zu führen.

Daß die Sache bei den Interdicten anders gelegen, ist mindestens unbewiesen. Denn l. 6. 43. 16, l. 3 § 11. 43. 17, Stellen, welche sagen, daß nicht der Wert der Sache, sondern das Interesse an dem Besitze zu schätzen und zuzusprechen sei, deuten durchaus nicht an, daß dabei an eine geringere Bemessung gedacht wurde, sie können auch dahin verstanden werden, daß eine höhere Bewertung auch zugelassen werden soll. Andere Stellen setzen die Leistung des Sachwerts notwendig voraus, l. 1 §. 35. l. 19. 43. 16, l. 8 §. 5. 43. 26. In l. 21 §. 2. 9. 2. wird allerdings bei der act. metus die Condemnation wegen nuda possessio als geringer angesehen als die wegen proprietas, aber für die Beweispflicht des Klägers entscheidet die Stelle noch nicht, es heißt im Tatbestand ausdrücklich: possessio non sui fundi, es kann also von vornherein festgestanden und vom Beklagten erwiesen worden sein, daß Kläger nur Besitz gehabt habe.

---

[1]) So auch Fr. Mommsen, Obligationsrecht, I. S. 248. 249.

[2]) S. Mommsen. S. 240.

[3]) Er konnte es nach l. 71. 6. 1.

[4]) Dafür auch l. 22, §. 2. 13. 7.

Die Antwort kann also im Römischen Proceß für alle Fälle nur dahin gehen, daß die Umwandlung in Geld behufs Execution dem Gläubiger nicht mehr Beweis auferlegen kann, als die Begründung des Anspruches selbst. Aber die Frage ist nicht blos eine processuale, sie erhebt sich auch im modernen Proceß und kann auch hier nicht anders entschieden werden.

Wir haben also eine sichere Grundlage gewonnen, Besitzrestitution oder Sachwert bildet den Gegenstand des Anspruchs, Sache des Beklagten ist es, sich diesem Anspruch ganz oder teilweise zu entziehen durch den Nachweis, daß ihm die Restitution unmöglich nnd zwar ohne ihn zu bereichern unmöglich geworden sei. Danach ergibt sich für die einzelnen Fälle folgendes.

Einfacher Untergang der Sache, mag er mit oder ohne Einwirkung des Beklagten erfolgt sein, schließt den ursprünglichen Anspruch und die Bereicherung aus. Dazu gehört natürlich auch die Freilassung eines Sclaven, doch ist dann auf das Patronatsverhältnis Rücksicht zu nehmen.[1])

Ist dem Beklagten der Besitz wider seinen Willen entzogen worden, so hat er eine Klage gegen den Entzieher gewonnen, ein Interdict oder actio furti e. c., und muß diese dem Vorbesitzer cediren. Vgl. l. 16 § 4. 5. 3.

Ist durch Consumption, Specification, Accession der Wert der Sache dem Beklagten definitiv zugefallen, so muß er denselben restituiren.[2]) Dabei ist zu beachten, daß Accession den Wert nicht unbedingt verleiht, so lange derselbe nemlich noch durch die rei vindicatio utilis des Eigentümers entzogen werden kann. Es wird daher Kläger den Wert im gegenwärtigen Moment nur gegen Caution der eventuellen Rückgabe beanspruchen können. Wäre er selbst der Eigentümer, so könnte er durch den Beweis hierüber natürlich sich von der Caution losmachen, da die Annahme des Wertes auf Grund der Condictio als Verzicht auf die rei vindicatio utilis erscheint.

Ist die Sache entgeltlich veräußert worden, so gilt gleiches wie im letzten Falle, der Beklagte ist vorläufig um das erzielte Entgelt bereichert, doch ist die Bereicherung keine definitive, solange Eviction der Sache und weiter Evictionsregreß gegen den Verkäufer möglich ist. Den beiden Rücksichten, daß der Genuß des Erlöses wenigstens vorläufig dem Kläger zukommen muß, daß aber dem Beklagten gegen eine unbillige Einbuße Sicherheit verschafft werden soll, trägt vollkommen Rechnung die Herausgabe unter Caution für eventuelle Rückgabe. Wird die Vindication unmöglich, so ist die Bereicherung definitiv und es entfällt die Caution.

Die Beweislast regelt sich dahin, daß der Beklagte um dem Wertersatz zu entgehen, die entgeltliche Veräußerung, und um die Caution zu

---

[1]) Vgl. l. 65 § 8. 12. 6.
[2]) l. 30 §. 1. 19. 1.

erlangen, die Evictionspflicht beweisen muß, während der Kläger die Cautionsleistung ausschließen kann, wenn er nachweist, daß die Eviction bereits nicht mehr möglich ist. Damit ist aber der Anhalt zur Lösung aller noch vorkommenden Fragen gegeben.

Ist das Entgelt auch herauszugeben, soweit es den Wert der Sache übersteigt? Die Verneinung folgt daraus, daß der Beklagte hier einfach den Beweis der Veräußerung nicht zu führen und den Wertersatz zu übernehmen braucht. Sie folgt aber auch aus der Erwägung, daß der Mehrerlös nicht als Bereicherung aus dem Besitz der Sache angesehen werden kann, sondern als ein dem Zufall oder der Geschicklichkeit zu verdankendes lucrum ex negatiatione.

Fraglich ist ferner, ob die Genehmigung des Vorbesitzers die Bereicherung durch das Entgelt zu einer definitiven machen kann? Ist das vorhin über die Cautionsstellung ausgeführte richtig, so verliert die Frage bedeutend an Wichtigkeit, es handelt sich dann nur darum, ob durch Nachweis des Eigentums und die schon in der Beanspruchung des Entgelts liegende Genehmigung des Verkaufs der Kläger die Caution ersparen kann. Und es unterliegt wol keinem Zweifel, daß wir ihm die Möglichkeit einräumen müssen. Das Interesse des Beklagten leidet ja nicht darunter, da er im Falle des normalen Verlaufes durch den Evictionsregreß noch mehr verlieren würde. Und dem Kläger gegenüber ist es nur billig, wenn ihm nicht zugemutet wird, seiner Sache ins Ungewisse nachzulaufen und die definitive Regelung des Verhältnisses so lange in der Schwebe zu lassen.[1]

So erübrigt noch der eine Punkt, ob bei unentgeltlicher Veräußerung des Besitzes eine Bereicherung vorhanden ist? Die Frage ist für gewisse Fälle unbedingt zu bejahen, sofern nemlich eine Schenkung auch sonst, wenn der Beklagte nicht den Besitz der verschenkten Sache erlangt hätte, vorgenommen worden wäre. Werden doch gewisse Gelegenheitsschenkungen an Verwandte sogar als eine sittliche Pflicht angesehen, deren Erfüllung also notwendig als Bereicherung gelten muß.[2]

Was die übrigen Fälle betrifft, wo Beklagter nachweisen kann, er hätte nicht geschenkt, wenn nicht gerade diese Sache, so läßt sich eine Entscheidung aus dem blosen Gesichtspunkt der Bereicherung nicht gewinnen.

---

[1]) Den einzigen Einwand würde das von Ihering Abhdlg. S. 78 flg. behauptete Princip über die Leistung des Commodum darbieten. So auch Zimmermann, S. 55. 56. Aber wenn dieses Princip wirklich beim Kauf gilt, hat es doch keine Anwendung auf unsere wesentlich verschiedenen Fälle. So auch Krüger, Arch. f. Pr. 63. S. 380. 381.

[2]) Vgl. l. 31. de leg. II., wo auch eine andere nicht nutzbare Verwendung der Sache besprochen wird, die doch als Bereicherung erscheint.

Es muß vielmehr hier (wie bei einigen weiteren Fällen) die Frage dahin formulirt werden: wer trägt die zufälligen Nachteile, welche sich aus dem Besitzerwerb ergeben haben? Gleiche Frage auch in Bezug auf die weiteren Schicksale der Bereicherung. Daß der Beklagte nicht alle Zufälle zu verantworten hat, ist schon erwähnt. Aber fraglich ist, ob ihn gar keine Verantwortung trifft, ob alle nachteiligen Wirkungen, welche irgendwie Consequenzen des Besitzüberganges sind, auf den Vorbesitzer fallen sollen?

Ich halte dieses Resultat für unzulässig, da doch der Bereicherte eigentlich den Anlaß zu dem Besitzübergang gegeben hat, wenn ihn auch keine juristische und moralische Verantwortlichkeit trifft. Ganz unbillig muß es insbesondere erscheinen, wenn die Nachteile aus jenen Verwendungen, welche der Bereicherte in seinem Interesse, um die unrechtmäßig erworbene Sache zu verwerten, vornimmt, nicht ihn, sondern den Benachteiligten treffen sollen. Ich nehme daher an, daß der Beklagte den Wert der erhaltenen Sache zu leisten hat, sobald er über die Sache und ihren Wert in seinem Interesse verfügt hat. Solche Verfügungen sind z. B. Ausleihen des Geldes, Ankauf einer Sache dafür, Aussäen des Getreides, sowie auch Schenkung. Das genauere über diesen Punkt wird unten bei der condictio indebiti erörtert, für welche ich die gleiche Entscheidung verteidige. Hier sei nur darauf hingewiesen, daß die mildere Behandlung des redlichen Erbschaftsbesitzes, die durch das SC. Iuventianum eingeführt wurde, unserer Ansicht für die übrigen Fälle nicht widerspricht. Es ist eben das Verhältnis bei der Erbschaft, wie leicht begreiflich, ein ganz besonderes, daher die Ausdehnung der betreffenden Bestimmung auf die übrigen Fälle nicht zulässig.

Der Beklagte kann endlich die Ersatzleistung ausschließen durch den Nachweis, daß ihm selbst ein Anspruch auf den Besitz der Sache zustehe, er daher durch die Besitzergreifung nur um den Zeitvorteil bis zum Erweise dieses seines Anspruchs bereichert sei, nicht aber weiterhin. Bei dieser Auffassung kann die Zulassung solcher Einreden nicht fraglich sein. Doch wird es Aufgabe des Richters sein, dem Anspruch des Klägers auf den vorläufigen Besitz durch die Einwendung solcher illiquider Gegenansprüche keinen Abbruch tun zu lassen, und den Beklagten zu sofortiger Restitution oder Werterſatz gegen Caution für den Fall späteren Beweises seines Anspruchs zu condemniren.[1])

Der Gegenanspruch kann nun auf einem dinglichen oder auf einem Besitzrecht beruhen. Für den ersten Fall ist nichts weiter zu bemerken, der zweite liegt vor, wo der Deicient den Besitz an den Deicirten verloren

---

[1]) So also kommt der Gedanke von Bruns S. 204 zu einer präcisen Formulirung.

hat. Hier ist die Ausführung von Bruns[1]) ganz zutreffend. Ist zuerst A von B deicirt worden, hat er aber später den Besitz durch Dejection oder durch Zufall von B erhalten, so kann er der Condiction des B seinen Anspruch gegen denselben aus der ersten Dejection entgegensetzen. Dieser Gegenanspruch bewirkt, daß A durch die Besitzergreifung höchstens um den Zwischenbesitz bereichert erscheint.

Ob auch hier wie bei den Interdicten der vitiöse Besitz dem Vorbesitzer gegenüber nicht einmal einen Anspruch auf den Zwischenbesitz gewährt, ist schon oben S. 66 als unentscheidbar hingestellt worden. Und ob anderseits der Anspruch des Vorbesitzers aus der ersten Deiection auf Grund von c. 7 unde vi oder des decretum D. M. als aufgehoben anzusehen ist, wenn derselbe den ersten Deicienten wieder deicirt hat, interessirt uns nicht weiter.

3. Fragliche Quellenentscheidungen.

Wir gehen davon aus, daß der eben entwickelte Rechtssatz dem Römischen Rechte durchaus entspricht und aus dem gesammten Inhalte desselben mit Sicherheit analogisch gefolgert werden kann, daß aber den Classikern die volle Bedeutung und Tragweite des Satzes noch nicht zu Bewußtsein gelangt war, daß dieselben vielmehr nur einige Fälle, die sich durch Zufall oder als die nächstliegenden aufdrängten, ex aequitate im Sinne unseres Rechtssatzes entschieden haben. Von diesem Standpunkt aus ergibt sich uns eine leichte und klare Auffassung für einige complicirte Quellenentscheidungen, über welche bisher der lebhafteste Streit herrscht. Wir suchen diese Stellen zuerst mit unserer Ansicht in Verbindung zu setzen und wenden uns dann der Betrachtung der übrigen Ansichten zu. Eine Bestätigung unserer Ansicht aber werden die folgenden Stellen ergeben, wenn wir in ihnen allen den ungerechtfertigten gutgläubigen Besitzerwerb als das einzige Tatbestandsmoment finden werden, welches die anerkannte obligatorische Verpflichtung begründen kann.

Am einfachsten ist der Fall der in l. 1 §. 47. 16. 3 dargestellt, in l. 2—4 eod. genauer behandelt wird.

> quia autem dolus duntaxat in hanc actionem (sc. depositi) venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commendatam distraxit ignorans depositam vel commodatam an teneatur; et quia dolo non fecit, non tenebitur de re. an tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? et verius est teneri eum: hoc enim ipso dolo fecit, quod id quod ad se pervenerit non reddit. (Ulpian.)

---

[1]) S. 210. 211.

Der Besitz der deponirten Sache ist beim Deponenten, der Depositar, welcher denselben wissentlich ergreift, wird des furtum schuldig und haftet auf das volle Interesse. Wenn aber er oder sein Erbe irrtümlich die fremde Sache als eigene ansehend den Besitz derselben sich aneignet und denselben verwertet, so haftet er nach unserer Stelle zwar nicht auf Ersatz des Sachinteresses, wol aber auf Herausgabe der Bereicherung. Es genügt, wenn wir einerseits die Voraussetzungen unseres Rechtssatzes in dem angegebenen Tatbestande vorfinden, wenn anderseits die Entscheidung aus dem Vertragsinhalt nicht unmittelbar folgt. Daß dies der Fall ist, ergibt die in der Stelle versuchte Begründung, die ja ganz haltlos ist, denn die Berufung auf den im Nichtherausgeben bestehenden dolus praesens ist ein Argument, welches bei jedem begründeten Anspruch zutrifft, welches einen solchen aber nicht begründen kann. Wir dürfen also hier eine Anwendung unseres Rechtssatzes erblicken, welche im Rahmen der actio depositi durch die freiere Natur derselben ermöglicht war.[1])

L. 49. 3. 5: si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda est, ut dari deberet, si negotium quod tuum esse existimares cum esset meum, gessisses. (African.)

L. 30 pr. 19. 1: — — secundum quae dicendum, si nummos quos iste servus (sc. quem de me cum peculio emisti) mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiares ademeris et consumpseris, condictio eo nomine mihi adversus te competit, quasi res mea ad te sine causa pervenerit. (African.)

Wenn der gekaufte Sclave dem Verkäufer vor der Tradition[2]) etwas entwendet und es bei der Tradition zu dem Käufer mitnimmt, so erhält der Käufer nur den Besitz des Entwendeten, und zwar in gutem Glauben. Es liegt also der geforderte Tatbestand vor. Nur wird die Entscheidung nicht für den elementaren Fall, wo der Besitz noch vorhanden ist, gegeben, sondern für zwei complicirtere Fälle, in welchen eine weitere Verwertung des Besitzes stattgefunden hat. Daß derselbe Jurist für die zwei so engverwandten Fälle eine verschiedene Klage aufstellt, erklärt sich daraus, daß die Materie von den Römern noch nicht vollständig durchgearbeitet war. Die Juristen hielten es für zweckmäßiger, eine verwandte materielle Klagformel anzuwenden, statt mit der abstracten Condictio alles dem Verständnisse des Judex zu überlassen. Die Vergleichung der beiden Stellen zeigt

---

[1]) Ähnlich schon Witte. S. 331.

[2]) Entwendet er nach der Tradition, so liegt der Fall natürlich anders, dann treten einfach die Sätze über Haftung für die Delicte der eigenen Sclaven ein.

aber, daß wir die verschiedene Klagform auch in andern Fällen als Hindernis für die Anerkennung einer Bereicherungsklage nicht ansehen dürfen.

Schwieriger ist es die Voraussetzungen unseres Rechtssatzes in den folgenden Stellen wiederzuerkennen:

l. 4 § 2. 12. 1: ea quae vi fluminum importata sunt, condici possunt.

l. 14 § 3. 19. 5: si glans ex arbore tuo in fundum meum cadat, eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possit. — itaque in factum erit agendum. (Ulpian.)

In beiden Fällen[1]) ist zwar gewiß, daß der bisherige Besitz zugleich mit dem bisherigen Eigentumsrechte verloren geht, aber es läßt sich, genau genommen, kaum ein Moment finden, wo die fremde Sache als selbständige im Besitze des Bereicherten gestanden wäre. Trotzdem darf die juristische Auffassung die beiden in einen Moment zusammenfallenden Vorgänge trennen und kann dann als das den Anspruch begründende Moment die Besitzentziehung, die Eigentumsentziehung aber als einen secundären, den ursprünglichen Anspruch inhaltlich modificirenden Umstand betrachten. Und sie wird dies thun müssen, wenn aus dem Vorigen erhellt, daß Eigentumsentziehung an sich, insbesondere Consumption, sonst keine obligatorischen Ansprüche begründet.

Schon oben ist darauf hingewiesen, daß die Erbschaftsklage, deren verschiedene Funktionen scharf getrennt werden müssen, auch als Besitzschutzmittel fungiren kann, hier können noch einige anscheinende Besonderheiten dieser Klage ihre Erklärung finden auf Grund des postulirten Rechtssatzes. Es handelt sich darum, daß der redliche Erbschaftsbesitzer den für die verkaufte Erbschaftssache erzielten Preis restituiren muß, auch wenn die Sache inzwischen untergegangen ist[2]) was bei der Eigentumsklage gegen den gutgläubigen Sachbesitzer nirgends bezeugt ist.[3]) Ferner um die gleiche Verschiedenheit bei der Haftung des unredlichen Erbschaftsbesitzers. Der Besitzer, qui dolo desiit possidere, haftet als wenn er nicht veräußert hätte, er ist also zu Werterſatz unbedingt verpflichtet, lucrirt aber den Gewinn aus der Sache.[4]) Der Erbschaftsbesitzer aber wird durch Unter-

[1]) Als Bereicherungsfälle sehen sie an: Witte, S. 335. Sintenis II. S. 548. Der erste Fall ist auch von Windscheid, l. c. und Bruns unter die Beispiele von Besitzcondictionen gestellt worden, aber offenbar nur in dem Sinne, daß der durch Alluvion begründete Anspruch auch dem Vorbesitzer zustehen solle.

[2]) l. 20 § 17, l. 23. 5. 3.

[3]) Die diesbezügliche Behauptung von Windscheid wird unten S. 81 erörtert.

[4]) Die oft behauptete weitere Haftung ist nirgends angedeutet, auch nicht in l. 27 § 3. 6. 1, also muß es bei der Regel bleiben. — Freilich ist die Frage

gang der Sache, der auch bei ihm selbst eingetreten wäre, befreit, muß aber den aus der Sache erzielten Gewinn auf Verlangen herausgeben, selbst wenn er den Wert der Sache übersteigt.[1])

Wenn also die Erbschaftsklage nicht den besonderen Regeln des dinglichen Anspruchs folgt, so erklärt sich das nach unserer Auffassung daraus, daß hier immer auch grundloser Besitzerwerb vorliegt und daß auf Grund desselben auch eine obligatorische Verpflichtung entsteht. Eine andere Erklärung sucht man vergebens. Es ist zwar gewiß, daß die fraglichen Bestimmungen durch das S. C. Juventianum eingeführt oder bekräftigt worden sind, allein es fragt sich eben, warum dieselben getroffen werden konnten, worin sich die Stellung des Erbschaftsbesitzers von der eines anderen Besitzers unterscheidet? Wenn man den Grund darein setzt, „daß der Kaufpreis an die Stelle der Sache getreten und dadurch Erbschaft geworden ist",[2]) so ist das nur ein anderer Ausdruck für den zu erklärenden Rechtssatz. Denn unter „Erbschaft" ist dabei nicht das nach natürlicher Auffassung zur Vermögensmasse Gehörige verstanden, sondern gerade das was nach den Rechtsregeln Gegenstand des Erbschaftsanspruchs ist. Daß aber der Kaufpreis an die Stelle der Sache, d. h. doch wol des Eigentums an der Sache, treten soll, ist teils sehr fraglich, weil den Verkauf nur der Besitz, nicht aber das Eigentum der Sache ermöglicht, teils unzulänglich, weil nicht abzusehen ist, warum bei Sachbesitz nicht das gleiche gelten sollte.

Auch die Berufung auf die Regel, „daß die durch den Dolus einmal begründete Haftverbindlichkeit durch spätere zufällige Ereignisse nicht wieder aufgehoben werde", genügt nicht, weil diese Regel vielleicht für Ersatzansprüche aus Delicten, nicht aber für dingliche Ansprüche gilt, wie l. 27 § 2. 6. 1. unzweideutig ausspricht.[3])

Es bedarf also wol der Hinweisung auf das obligatorische Moment, welches in dem Erbschaftsanspruch neben das dingliche tritt. Damit erklärt sich zugleich, warum die Erbschaftsklage nicht nur gegen den possessor pro herede, sondern auch gegen den praedo geht, auch dieser hat Besitz grundlos sich angeeignet und muß daraus obligatorisch haften.

Nicht nur für den Erben, auch für den mit einem Vindicationslegat Bedachten findet sich neben dem dinglichen ein obligatorisches Rechtsmittel anerkannt in folgenden Stellen:

---

sehr bestritten, s. die Literatur bei Windscheid, § 193. N. 8. 9, u. nur durch eine gründliche Revision der Lehre von der malae fidei possessio zu lösen. Eine solche bietet Pampaloni, Arch. giuridico 28. S. 275 flg. leider nicht.

[1]) l. 20 § 6. 21, l. 22, l. 31 § 4, l. 33 § 1. 36 § 3. D. 5. 3.

[2]) Windscheid, § 6. 12. N. 19.

[3]) S. Unger, Österr. Erbrecht, § 52, N. 8.

l. 63. de leg. II: si heres rem, legatam ignorans, in funus consumpsit, ad exhibendum actione non tenebitur, quia nec possidet nec dolo malo fecit, quominus possideat. sed per in factum actionem legatario consulitur, ut indemnitas ei praestitur. (Callistratus.)

l. 23. 12. 1. si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere, Julianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim. (African.)

Es handelt sich in beiden Stellen um ein Vindicationslegat, weil bei einem Damnationslegat die darin erörterten Fragen gar nicht entstehen könnten, da ja dem Legator immer die Legatsklage wider den Erben verbliebe. Außerdem spricht die erste Stelle von der actio ad exhibendum, welche nur einem dinglich Berechtigten zustehen kann. Worauf kann sich aber dann der obligatorische Anspruch stützen? Nicht schlechthin auf das Eigentum, das ist im ersten Fall sicher, da ja noch niemand dem Eigentümer eine Ersatzklage gegen den Besitzer, der die Sache, wenn auch in sich bereichernder Weise, zerstört hat, zuzusprechen gedacht hat. Die Entscheidung des zweiten Falles hat man auch nicht durch Hinweis auf andere Entscheidungen erklären können, aber man hat wenigstens versucht, sie als den Ausdruck einer allgemein für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer geltenden Regel hinzustellen.[1]) Da aber nicht abzusehen ist, welcher Unterschied zwischen beiden Fällen bestünde, so können wir auch für den zweiten die versuchte Erklärung zurückweisen. Dann bleibt aber als Rechtsgrund für den obligatorischen Anspruch nur der ungerechtfertigte Besitzerwerb des Erben oder des Dritten; der Anspruch geht auf Herausgabe des Besitzes oder der daraus gewonnenen Bereicherung. Auch diese zwei Entscheidungen also führen zurück auf den Gedanken des obligatorischen Besitzschutzes.

Unserer Auffassung steht die etwas modificirte Entscheidung nicht entgegen, welche für einen sehr complicirten Fall in l. 9 § 4. 10. 3, l. 1 §. 17. 36. 3. gegeben wird.[2]) Eine Geldsumme ist jemand durch bedingtes Vindicationslegat zugewendet, zugleich einem zweiten unbedingt der Ususfructus dieser Summe. Auf Grund dieser Verfügung hat der Zweite den Anspruch, die ganze Summe vorläufig zu erhalten gegen Caution, dem ersten Legatar die eine Hälfte sofort nach Eintritt der Bedingung, die andere Hälfte aber nach Beendigung des Ususfructus zu restituiren.

---

[1]) Über diese besonders von Windscheid verfochtene Ansicht s. unten S. 81 das genauere.

[2]) S. die eingehende Besprechung nebst Literatur bei Baron. S. 253 flg.

Der Erbe nimmt nun die Summe in Besitz und liefert sie dem Usufructuar aus. Nach Erfüllung der Bedingung hat der erste Legatar entweder die Vindication oder, wenn diese unmöglich geworden, einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben, welcher seine Sache in Besitz genommen hat. U. zw. die act. ad exhibendum, wenn der Erbe es wissentlich getan hat; dieselbe geht auf Cession der Caution oder, wenn der Erbe sich diese nicht verschafft hat, auf Leistung des Interesse. Wenn der Erbe aber von dem Vindicationslegat nichts gewußt hat, so müßte nach unserer Auffassung condictio possessionis eintreten, welche auf die Bereicherung, d. h. auf Cession des dem Erben erworbenen Anspruches sich richten würde. Dieser Anspruch ist entweder der aus der bestellten Caution, oder, wenn dieselbe versäumt wurde, der mehrfach anerkannte[1]) auf Bestellung dieser Caution. Der erste der letzterwähnten Fälle ist in unsern Quellen gar nicht erwähnt, für den zweiten aber wird der Vindicationslegatar mit einer act. in factum direct an den Usufructuar gewiesen. Unserer Auffassung widerspricht das nicht, da wir in unserer Lehre noch einige Fälle treffen (S. 79. 107), wo statt des nach allgemeiner Regel begründeten Anspruchs auf Cession eines Anspruchs aus besonderen Rücksichten ein directer Anspruch statuirt wird.

Was sonst noch an Quellenmaterial für unsere Frage in Betracht gezogen werden könnte und mit den erörterten Stellen in Verbindung gebracht worden ist, kann keinen entscheidenden Einfluß ausüben, steht aber jedenfalls unserer Ansicht nicht entgegen.

c. 1. IV. 51:

si praesidi provinciae probatum fuerit Julianum nullo jure munitum servos tuos scientibus vendidisse, restituere tibi emptores servos jubebit. quod si ignoraverint et eorum facti sunt, pretium horum tibi solvere Julianum jubebit.

c. 1. IV. 52:

si nulla usucapionis praerogativa vel diuturni silentii praescriptio emptorem possessionis, quam a coheredibus patrui tui distractam suggeris, pro portione tua munit, in rem actio incolumis perseverat: aut si receptum jus securitatem emptori praestitit, est arbitrium tibi liberum conveniendi eos, qui pro portione tua satis illicitam venditionem celebraverunt.

Hier ist es zwar sehr wahrscheinlich, daß das nach unserer Ansicht entscheidende Tatbestandsmoment vorliegt. In der ersten Stelle nämlich läßt der Ausdruck nullo jure munitum unmittelbare Besitzentziehung dem klagenden Eigentümer gegenüber als das Wahrscheinlichste voraussetzen. In der zweiten dürfte man noch sicherer annehmen, daß die Miterben die

---

[1]) l. 5 § 1. 7. 5, l. 7 pr. 7. 9.

verkauften Erbschaftssachen unmittelbar aus der Verlassenschaft veräußert haben. Und in beiden Fällen ergibt die Entscheidung, daß keine furtive Besitzentziehung stattgefunden haben kann. Trotzdem aber sind die Stellen auch mit den andern Ansichten verträglich.

Über die Unverwendbarkeit einiger anderer Stellen scheint man gegenwärtig einig. So gehört l. 17. pr. 6. 1 nicht in unsere Lehre, weil es hier die Litiscontestation und nicht blos die Tatsache des redlichen Besitzes ist, welche die Verpflichtung zur Herausgabe des Kaufpreises für die veräußerte und untergegangene Sache begründet. Der beklagte Besitzer wird eben durch die Litiscontestation verpflichtet, die factische Innehabung sofort zu restituiren, resp. wenn er es nicht tut, nachträglich den aus der Innehabung gezogenen Gewinn herauszugeben. Im Übrigen dürfte wol anzunehmen sein, daß die Sache verkauft, aber nicht tradirt war.[1])

In l. 12 § 1. 20. 1 ist der Tatbestand so ungenau angegeben, daß sich keine sichere Behauptung darüber aufstellen läßt. Man neigt allgemein dazu, sie auf einen Fall schlechtgläubigen Besitzes zu beziehen. Würde sie von redlichem Besitze zu verstehen sein, so wäre auch die Annahme gestattet, daß der Besitz dem Eigentümer direct entzogen worden ist.[2])

Auch bei Gai II. 79. J. II. 1 § 26 dürfte Übereinstimmung darüber herrschen, daß in diesen Stellen nur von unredlichen Besitzern und der gegen sie zuständigen condictio furtiva die Rede, wie manche andere Schwierigkeiten dieselben auch sonst bieten mögen.[3])

Was endlich l. 24 § 1. 19. 1, l. 31 § 1. 12. 1 betrifft, so sind diese Fragmente zwar auch neben den bisherigen verwendet worden, allein sie betreffen einen wesentlich verschiedenen Fall. Diese richtige Auffassung derselben ist bereits mehrfach sehr gut begründet worden[4]) und ist nach l. 22 § 9. 17. 1 kaum zu bezweifeln. Doch wir haben noch ein weiteres Interesse an diesem Falle. Jemand kauft einen fremden Sclaven nebst fremdem Peculium, dieser kauft mit dem fremden Gelde eine Sache. Hier erwirbt der Herr des Sclaven die actio empti. Und würde die gekaufte Sache dem Sclaven tradirt, so fiele sie in das Eigentum des wahren Herrn, in das Peculium, und würde einfach die Schicksale desselben teilen.

---

[1]) S. Zimmermann, Echte und unechte Neg. gestio. 1872. S. 52 flg. Jhering, a. a. O. S. 236.

[2]) S. Witte, S. 330. Zimmermann a. a. O. S. 51. Windscheid: Zwei Fragen. S. 16. — Die Stelle macht ganz den Eindruck, als sei die breitere Erörterung der *disputationes* von den Compilatoren ungenau beschnitten worden.

[3]) S. Windscheid, cit. S. 17. Jhering, cit. S. 249 flg.

[4]) Witte, S. 312 flg. Voigt, S. 676 N. 603. Zimmermann, S. 49 N. 70. Baron, S. 65. — Dagegen noch Jhering, S. 305.

Nun wird sie aber dem Besitzer des Sclaven tradirt. War die Tradition an den Besitzer über Auftrag des Sclaven erfolgt, so fällt die a. empti weg und es entsteht allerdings eine Bereicherungsklage gegen den Besitzer. Deren Voraussetzung aber ist nicht, wie in den vorstehenden Fällen, der Besitzerwerb, sondern Eigentumserwerb von einem veräußerungsunfähigen Vertreter des wahren Herrn, also Bereicherung durch eine dritte Person, ein Fall, von dem wir erst unten zu sprechen haben. Geschah die Tradition aber nicht über Auftrag des Sclaven, so ist nicht an den richtigen Gläubiger geleistet, der Kaufanspruch nicht erfüllt. Der Herr des Sclaven hat die act. empti wider den Verkäufer, dieser die condictio indebiti wider den Besitzer des Sclaven.

So wäre die normale Regelung des Verhältnisses, so entscheidet auch Paulus in l. 22 § 9. 17. 1. Die citirten Stellen aber enthalten noch zwei weitere Momente. Erstens kann sich der Verkäufer von dem Kaufanspruch des Herrn befreien durch Cession seiner condictio indebiti wider den Besitzer des Sclaven, er hat also die Wahl zwischen der Erfüllung des Kaufanspruchs und dieser Cession.[1]) Diese Bestimmung ruht auf dem Gesichtspunkte, daß der Verkäufer den Besitzer des Sclaven für den Eigentümer ansehen und daher sich für berechtigt halten durfte, an denselben zu leisten; auf demselben Gesichtspunkt also wie die Bestimmung, daß für den Mandatar der Widerruf des Mandates nur dann von Einfluß wird, wenn er Kunde davon erhält. Zweitens wird dem Herrn des Sclaven auch eine directe Klage auf die Bereicherung gegen den Besitzer gewährt, es wird also kraft besonderer Norm die Klage, deren Übertragung nach allgemeiner Regel beansprucht werden kann, als übertragen behandelt. Wie angemessen diese Bestimmung ist, leuchtet ein, da der Herr des Sclaven sonst bei Unauffindbarkeit des Verkäufers dem bekannten, bereicherten Besitzer des Sclaven gegenüber ganz machtlos wäre.

Da aber neben der letztgedachten Bestimmung nichts weiter gesagt ist, so muß angenommen werden, daß neben der neu statuirten Klage die andern normalen Klagen fortbestehen. Die Sache stellt sich also so, daß von dem bereicherten Besitzer sowol der Verkäufer als der Herr des Sclaven die Bereicherung condiciren kann. Dieselben sind daher Solidargläubiger. An den Verkäufer muß sich der Herr des Sclaven halten, wenn ersterer schon condicirt hätte, hat er es noch nicht getan, so kann er den Herrn des Sclaven durch Cession seiner Condictio direct an den Besitzer weisen. Wichtig aber für spätere Fälle (s. S. 107) ist der aus Zweckmäßigkeitsgründen statuirte Solidaranspruch auf Herausgabe der Bereicherung.

---

[1]) Unrichtig gibt Voigt, l. c. die Wahl dem Herrn des Sclaven.

Das bisher betrachtete Quellenmateriale hat bereits vielfache Bearbeitung erfahren, ist jedoch in ganz anderer Weise verwertet worden. Man hat in dem Tatbestande das Moment des unberechtigten Besitzerwerbes gar nicht beachtet oder doch nicht als das wichtigste angesehen, vielmehr für entscheidend die Verwertung der fremden Sache betrachtet. Daher der Bereicherungsanspruch nicht dem Vorbesitzer als solchem, sondern dem Eigentümer der Sache für den Verlust der Vindication zugesprochen wurde. An diesem Punkte unterscheidet sich unsere Auffassung von allen andern bisher aufgestellten Meinungen, und deshalb ist ein Eingehen auf diese Controverse, obwol dieselbe in zahlreichen Ausführungen behandelt wurde,[1]) nur in geringem Umfange geboten.

Die Entscheidungen der beiden oben citirten ll. 49. 3. 5, 23. 12. 1 sind es, welche den Ausgangspunkt der Schwierigkeiten bilden. Daß l. 31 § 1. 12. 1, l. 24 § 1. 19. 1 mit der ersteren nicht auf gleiche Linie zu stellen ist, darin ist man fast einig;[2]) l. 30 pr. i. f. 19. 1 wird fast allgemein neben dieselben gestellt. In den erstgenannten Stellen wird nun ein Bereicherungsanspruch an folgenden Tatbestand geknüpft.

Der Beklagte hat eine fremde Sache zufällig, ohne Rechtsgeschäft in Besitz bekommen. Er hat ferner den Besitz der Sache gegen Entgelt einem Dritten übertragen. Die Sache ist endlich zu Grunde gegangen und dadurch die Eviction und der Evictionsregreß des Dritten gegen den Beklagten beseitigt, letzterem also das Behalten des Entgeltes gesichert. Dieses Entgelt soll nun der Eigentümer der fraglichen Sache beanspruchen dürfen.

Die genannten drei Momente können aber nicht alle wesentliche Voraussetzungen der Entscheidungen sein, es ist daher fraglich, was als zufälliges Beiwerk des erörterten Beispieles, was als notwendiges Tatbestandsmerkmal des zu Grunde liegenden Rechtssatzes angesehen werden soll. Die Mehrzahl der Schriftsteller bleibt ganz bei den Quellenentscheidungen stehen und hält den unterliegenden Rechtssatz für eine eng begrenzte ausnahmsweise Erweiterung des Eigentumsschutzes. Andere erweitern das erste Moment, indem sie statt zufälliger Erlangung des Besitzes nur lucrative, wenn auch durch Rechtsgeschäft vermittelte, verlangen.[3]) Eine dritte Ansicht endlich glaubt die fraglichen Entscheidungen auf alle Fälle des Besitzerwerbes analog ausdehnen zu können, doch besteht

---

[1]) S. Literatur bei Ihering, Jahrb. f. Dogm. 16. S. 230 flg. Windscheid (5.) II. § 422. N. 8. Dazu Brinz, Pand. II. § 302. N. 8. Krüger, Arch. 62. S. 378 flg. und der nach Vollendung meiner Arbeit publicirte Aufsatz von Eisele, Arch. f. c. Pr. 66. S. 1 flg.

[2]) Ich finde nur Ihering dissentirend.

[3]) Savigny V. S 523. Sintenis § 109. N. 118.

hier noch ein wichtiger Unterschied. Die einen wollen als Bereicherung des Besitzers, die den Gegenstand des Anspruchs bildet, nur die Differenz zwischen dem Preise, den er dafür gezahlt, und dem, den er dafür erhalten hat, ansehen und kommen so im Resultat der zweiten Ansicht sehr nahe, die andern erklären das erhaltene Entgelt schlechthin für Bereicherung.

Von den Argumenten, welche hier angewendet werden, erweist sich der Begriff der „ungerechtfertigten Bereicherung", wie nach dem in der Einleitung Bemerkten selbstverständlich ist, als ganz unentscheidend. So eifrig einerseits versichert wird, daß auch der gutgläubige Besitzer, der die Sache justo titulo hat, durch dieselbe und das aus ihr Gewonnene „grundlos", sine causa bereichert sei, so eifrig wird dies von anderer Seite bestritten. Und ebenso scharf gehen die drei Meinungen auseinander über das, was als „Bereicherung" zu gelten hat.

Gegen analoge Erweiterung der Quellenstellen ist mit Recht angeführt worden, daß die gleiche Entscheidung auch Anwendung finden müßte, wenn der Besitzer in anderer Weise als durch Verkauf aus der Sache Gewinn zieht; denn welchen Unterschied sollte sein Verhältnis zum Eigentümer erfahren, wenn z. B. das fremde Getreide von ihm selbst ausgesät wird, statt daß es von ihm verkauft und nun vom Käufer ausgesät wird. Nun ist aber, wie sub B ausgeführt, ziemlich sicher, daß ein Anspruch des Eigentümers bei anderer Verwendung einer Sache nicht oder doch nur aus besonderem Grunde bei der Accession anerkannt ist.[1])

Unhaltbar wird die analoge Erweiterung insbesondere, wenn man auf die practische Durchführung des Anspruchs sieht, wobei es ganz gleich bleibt, ob man den ganzen erzielten Kaufpreis als Bereicherung ansieht oder nicht.[2])

Gegen alle Ansichten, welche den Anspruch dem Eigentümer als solchem zuschreibt, kommt in Betracht, daß der vom Besitzer erzielte Kaufpreis nicht als Gewinn aus dem Vermögen des Eigentümers bezeichnet werden kann. Denn in der Rechtsstellung des letzteren wird durch den Verkauf der Sache nicht das Geringste geändert, er verliert nichts dadurch, er hat nach wie vor seine Vindication.[3]) Sowenig wie der Verkauf aber ändern

---

1) So Ihering, S. 245 flg. Brinz, § 302 N. 8. S. 530. Ohne Erfolg leugnet die Kraft des Argumentes Krüger, a. a. O. S. 381 flg. Jetzt auch Eisele, a. a. O. S. 3.

2) Den schlagenden Ausführungen Iherings S. 287 flg. hat Windscheid a. a. O. S. 596 nichts entgegenzuhalten vermocht. Zutreffend auch die Bemerkungen von Eisele, S. 15 flg., der im praktischen Resultate unserer Ansicht sehr nahe kommt.

3) Das wird klarer, wenn man statt Bereicherung „aus fremder Sache" sagen würde „aus fremdem Eigentumsrecht". Letzteres wird ja durch Verkauf nicht berührt, nicht übertragen. Den Verkauf ermöglicht der Besitz der Sache.

die weiteren Schicksale der Sache etwas an dem Verhältnis der beiden Vermögenskreise. „Enthält der Verkauf von Anfang an keine Bereicherung auf Kosten des Eigentümers, wie kann der später erfolgende Untergang der Sache hinterher das ganze Verhältnis auf den Kopf stellen? Entweder die Bereicherung lag damals vor — dann bedarf es nicht des Verlustes des Eigentums, sondern es muß dem Eigentümer sofort die Condictio gegeben werden; oder aber die Bereicherung lag damals nicht vor — wie kann jene Tatsache daran etwas ändern?“ [1])

Die letzte Argumentation führt hinüber zu dem, was noch für unsere Auffassung nachzutragen ist. Die erwähnte Alternative ist von Jhering ganz richtig gestellt, es kann aber natürlich, wenn das zweite Glied sich als unrichtig erweist, nur das erste Glied bejaht werden: die Bereicherung des Besitzers muß von Anfang an vor dem Verkauf dagewesen sein. Und das trifft nach unseren Ausführungen wirklich in allen den fraglichen Stellen zu, wenn man in denselben nur nicht das Moment des zufälligen Besitzerwerbes übersieht.

Stellen wir so ein bisher unbeachtetes Moment in die erste Linie, so müssen uns hingegen zwei andere Momente an Bedeutung verlieren. Ist Besitz das eigentliche Object der Bereicherung, so kann Verkauf nur als eine der möglichen Verwertungsarten der Sachen genannt werden, während für alle anderen gleiches zu gelten hat. Und der Untergang der Sache insbesondere kann nur zur Versicherung über den Bestand der Bereicherung erwähnt sein, er ist also keine unerläßliche Voraussetzung für das Entstehen des Anspruchs, sondern nur von Einfluß auf den Umfang desselben. Daß dieser Nebenumstände gedacht ist, mag durch Fälle veranlaßt sein, die wirklich zur Entscheidung den Juristen vorlagen, es mag aber auch absichtlich geschehen sein, um die Billigkeit des zu gewährenden Anspruchs in diesen noch in Entwicklung begriffenen Lehren außer Zweifel zu setzen.[2])

Das zweite Moment ist das Eigentum des Klägers. Es ist ganz natürlich, daß die Juristen den einfachsten und gewöhnlichsten Fall ins Auge faßten, wo der verlierende Vorbesitzer auch der Eigentümer der Sache ist. Aber wenn Besitzentziehung das entscheidende Tatbestandsmoment ist, so kann der Berechtigte nur der sein, der durch Entziehung des Besitzes Schaden leidet; und das ist der Vorbesitzer, auch wenn er

---

[1]) Diesen Einwand erhebt Jhering, S. 283 flg., nur gegen Windscheid, allein letzterer, P. II. S. 596, betont ganz richtig, daß dieser Einwand auch gegen Jherings Auffassung spricht.

[2]) Genaueres über Bedeutung und Beweis dieser Umstände ist schon erwähnt. Daß der Anspruch für den Eigentümer fast illusorisch wäre, wenn er immer den Untergang der Sache, die er als existent nicht wiederfand, zu beweisen hätte — das ist wol klar.

nicht Eigentümer der Sache ist, nicht etwa der Eigentümer, der den Besitz längst verloren hatte und dessen rechtliche Lage durch gerechtfertigten oder ungerechtfertigten Besitzwechsel gar nicht berührt wird. Hierin liegt der practische Unterschied zwischen unserer und der Ansicht Iherings. Ist die Sache dem Eigentümer gestohlen, dann einem gutgläubigen Besitzer zufällig aus dem Besitze entzogen worden, so haftet der Entzieher auf Herausgabe der erhaltenen Bereicherung, aber wem? Billigerweise müssen wir dem Vorbesitzer den Anspruch zuerkennen, so gut als wenn ihm der Besitz durch Delict wäre entzogen worden. Der Eigentümer verliert durch den späteren Besitzwechsel nichts, er hat immer die Vindication und die Delictsklage aus der ersten Besitzentziehung, und nichts spricht dafür, ihm den Umstand, daß die Sache nicht durch Rechtsgeschäft, sondern durch Zufall aus einer Hand in die andere gelangt ist, zu Gute kommen zu lassen. Würde man aber den Anspruch ihm und nicht dem Vorbesitzer zuerkennen, so würde letzterer unbilligerweise der Besitzvorteile definitiv verlustig gehen, es bliebe also eine Lücke im Besitzschutz.

Wer daher die vollständige Ergänzung des Besitzschutzes durch Condictionen für richtig hält, muß zur Ablehnung aller bisher aufgestellten Ansichten über unsere Frage gelangen.[1])

Von Bedeutung wird unsere Auffassung, daß nicht dem Eigentümer, sondern dem Vorbesitzer die Bereicherung zukommt, besonders in ihrer analogen Anwendung auf das moderne Verhältnis des sog. Tabularbesitzes, des Eingetragenseins im öffentlichen Grundbuch. Das Genauere darüber im Anhang II. über das österreichische Recht.

Fassen wir die Ergebnisse der beiden vorstehenden Abschnitte zusammen, so ergibt sich uns das Bild der „principiellen Auffassung“ des Römischen Rechts. Der Schutz des Eigentums durch dinglichen, gegen jeden Besitzer gerichteten Anspruch findet seine Grenze kraft natürlicher Verhältnisse oder kraft gesetzlicher Vorschrift in einer Reihe von Fällen. Im Falle der Accession fällt der dingliche Anspruch nicht ganz weg, sondern ändert nur seinen Gegenstand. Sonst tritt kein besonderer obligatorischer Anspruch für den Wegfall der Vindication ein, der Eigentümer ist hier vielmehr auf den Besitzschutz angewiesen. Der Besitzschutz wird nicht nur nach den Regeln der Besitzinterdicte, sondern auch nach den Grundsätzen der Bereicherungsansprüche anerkannt. Daher hat jeder, der den Besitz einer Sache eigenmächtig erhalten hat, denselben oder die daraus

---

[1]) Hier zeigt sich, daß Windscheids Deduction aus dem Begriffe der grundlosen Bereicherung einen Fehler haben muß. Denn er gelangt durch dieselbe zur Ergänzung des Besitzschutzes und zugleich zur Anerkennung des Anspruches des Eigentümers, also zu zwei collidirenden Rechtssätzen.

erworbenen Vorteile dem letzten Vorbesitzer oder dem Rechtsnachfolger desselben (Erben, Vindicationslegatar) herauszugeben.

D. Bereicherung durch Handlungen des Verlierenden.

Von Handlungen, welche in der Absicht geschehen, dem Bereicherten etwas zuzuwenden, ist nach dem zu Anfang Gesagten hier abzusehen. Ebenso ist auf die Fälle der echten negotiorum gestio keine Rücksicht zu nehmen, da bei denselben erstens die Handlung mit der Absicht in fremdem Interesse, aber nicht schenkungsweise tätig zu werden, vorausgesetzt ist, zweitens der Anspruch nicht blos auf die Bereicherung des Geschäftsherrn, sondern auf Ersatz des nützlichen Aufwandes sich richtet.

Es bleiben also zu betrachten die Fälle, wo jemand durch Verwendungen auf Sachen oder sonstige Angelegenheiten eines Andern diesem einen Vorteil verschafft, aber nicht mit Bewußtsein und Absicht in dessen Interesse gehandelt hat. In einigen dieser Fälle ist ein Anspruch auf Herausgabe des verschafften Vorteils ausdrücklich anerkannt, aber fraglich ist, ob die diesbezüglichen Entscheidungen als Ausdruck einer ganz allgemeinen Regel anzusehen, oder auf die ursprünglichen Anwendungsfälle zu beschränken sind.

Ich bin der ersten Ansicht und glaube, daß für das Römische Recht folgender Satz aufzustellen ist: Wer in fremde Angelegenheiten ohne die Absicht der Geschäftsführung eingreift, hat gegen den Geschäftsherrn einen Anspruch auf Herausgabe der Vorteile, welche demselben durch das Eingreifen zugegangen sind. Doch kann der Besitzer einer fremden Sache diesen Anspruch nur durch Einrede geltend machen.[1])

Bei der eingehenden Begründung, die diese Ansicht schon erfahren hat, kann ich mich auf kurze Andeutung der wichtigsten Argumente beschränken.

---

a) Zunächst kommt in Betracht der Anspruch des Besitzers einer fremden Sache auf Ersatz der auf dieselbe gemachten Verwendungen. Weder die Existenz noch der Umfang dieses Anspruchs bedarf eines be-

---

[1]) S. Windscheid, § 431 N. 18. E. Zimmermann, a. a. O. S. 65 flg. N. 85. — Für überflüssig halte ich, daß man dem Rechtssatz beifügt: der Anspruch in der Form der act. negotiorum gestorum utilis stehe erst dann zu, wenn der Geschäftsführer keine andere Klage oder kein Retentionsrecht, kraft dessen er gedeckt wäre, hat. Denn die Bereicherung des Geschäftsherrn beruht auf der Verwendung des Geschäftsführers und würde wegfallen, sobald derselbe sich durch ein anderes Rechtsmittel das Aufgewendete wiederverschaffen könnte.

sonderen Nachweises.[1]) Für die Natur desselben als Bereicherungsanspruch spricht einerseits, daß er auch dem schlechtgläubigen Besitzer zusteht, anderseits, daß er nie über die wirkliche Bereicherung des Eigentümers im Zeitpunkt der Restitution hinausgeht. Eigentümlich aber ist diesem Anspruch, daß er nicht den vollen Rechtsschutz der Klage, sondern nur den beschränkten der Retentionseinrede genießt. Daß dies so geblieben ist, kann man wol nicht leugnen, selbst wenn man nach l. 23 § 5. 6. 1 annimmt, daß der Eigentümer den Ersatzanspruch bei Accession auch hat, wenn er selbst verbunden hat. Denn die bessere Stellung bei der Accession erklärt sich aus den oben S. 58 erörterten Gründen. Dieser Umstand kann es nun fraglich machen, ob in diesem Anspruch der Ausdruck eines allgemeinen Principes anzuerkennen ist.

Aber einmal muß die Erwähnung der Exceptio als Anerkennung eines Anspruchs gelten. Anderseits ist es kaum denkbar, die Beschränkung des Rechtsschutzes dieses Anspruchs auf materiellrechtliche Momente zurückzuführen. Man braucht nur die beiden Fälle nebeneinander zu halten, wo der Erbschaftsbesitzer ein Haus repariren läßt oder eine Schuld tilgt, um zu erkennen, daß der Grund für die verschiedene Behandlung derselben nicht in den Verhältnissen selbst zu finden ist. Dafür zeugt auch das moderne Recht, welches dem Anspruch durchaus Klagbarkeit verliehen hat. Es dürften also historische Momente bestimmend eingewirkt haben. Vielleicht haben wir es mit einem der ältesten Bereicherungsansprüche zu tun, der im prätorischen Recht zuerst berücksichtigt wurde, dann aber nicht ins Civilrecht übertragen werden konnte. Vielleicht, daß die Juristen hier unter dem Einflusse lange anerkannter Axiome und nicht aus freier Erfassung des Sachverhaltes heraus entschieden haben. Sehen wir doch, daß in einigen Fällen, wo der Ersatz von Verwendungen nicht aus blosem Besitz, sondern aus einem obligatorischen Verhältnis gefordert werden kann, die Anerkennung dieses Anspruchs nur spät und nicht ohne Streit erfolgt, und zwar bei der Dos zuerst nur auf dem Umwege der civilistischen Fiction impensae dotem ipso jure minuunt, erst später durch c. indebiti.[2])

Man könnte auch an processuale Motive denken, denn es vereinfacht die leicht sehr complicirte Entschädigungsklage wesentlich, wenn sie schon vor der Herausgabe im Eigentumsproceß erledigt wird. Und es scheint sonach ein ganz billiges Verlangen, daß der Besitzer seinen Anspruch sofort

---

[1]) S. z. B. Zimmermann, a. a. O. S. 83 flg. Windscheid, § 422 N. 7. § 431 N. 18.

[2]) Für die Dos l. 5 § 2, l. 7 § 1. 25. 1 und für Fideicommisse l. 40 § 1 12. 6, l. 60 de leg. I., l. 5 § 1. 50. 15. — Noch heute verkennen manche den Unterschied dieser Ansprüche von dem Impensen Anspruch des blosen Besitzers.

geltend machen solle und insofern die Entziehung der Klage erklärlich. Aber wie, wenn der Besitzer diesem Verlangen nicht nachkommen kann? Dann wird natürlich die Maßregel zu einer ungerechten, und wir können uns die Beibehaltung derselben nur daraus erklären, daß solche Fälle nicht sehr zahlreich sind und daß die Römische Proceßpolitik an solchen Härten keinen Anstoß nahm.

Wir sehen also in der Versagung der Klage für den anerkannten Anspruch einen Rest historischer Unvollkommenheit und folgern daher, daß dieser Umstand, wenn schon kein Beweis für die allgemeine Bereicherungsklage, doch auch kein Argument gegen dieselbe ist.

b) Entscheidend sind nun die Fälle andersartiger Verwendungen. Wenn Jemand im Interesse eines andern in fremden Angelegenheiten tätig wird, aber irrtümlich die Angelegenheit einem andern zuschreibt, als wem sie wirklich zugehört, so erhält er wider den wahren Geschäftsherrn einen Anspruch. Fraglich mag zwar sein, ob dies ein voller Geschäftsführungsanspruch ist oder blos ein Bereicherungsanspruch. Allein auf alle Fälle ergibt sich für uns, daß auch ohne den wahren animus neg. gerendi, auch bei falsa contemplatio, nichts entgegensteht, dem Geschäftsherrn die wirklich erhaltenen Vorteile zu entziehen.

Anderseits ergibt l. 6 § 3 ht., daß auch auf Seiten des Verlierenden die Absicht, im fremden Interesse und gegen Ersatz des Aufwandes zu handeln, nicht unerläßlich ist, um ihm mindestens eine Bereicherungsklage zuzusprechen.[1]) Denn hier heißt es von demjenigen, der fremde Angelegenheiten wissentlich im eigenen Interesse besorgt hat,

> sed si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.

Daraus ergibt sich schon eine sichere Folgerung für die Fälle, wo der Handelnde ohne Bewußtsein der Widerrechtlichkeit war, wo er in eigenen Geschäften zu handeln glaubte. Denn er kann keinesfalls hier schlechter gestellt sein, als der schlechtgläubige Geschäftsführer.

Wir werden daher leichter geneigt sein, die von dem letzten Falle sprechenden Stellen in einem weiten, als in einem verengenden Sinne aufzufassen. Es ist zwar richtig, daß diese Stellen nur von der Stellung des Putativerben und den der act. funeraria zu Grunde liegenden Verhältnissen sprechen. Allein die Entscheidungen auf diese Verhältnisse ausschließlich zu beschränken,[2]) bedürfte es wol besonderer Gründe, welche nicht

---

[1]) Hieran ist l. 74 § 2. 5. 1 zu schließen, weil auch hier ohne Wissen des fremden Interesses geleistet wird und doch Ersatzanspruch stattfindet.

[2]) So Witte. S. 24 flg.

erfindlich sind. Und man wird nicht vergessen dürfen, daß die Beispiele, wo fremde Angelegenheiten als eigene betrachtet und mit definitiv bereichernder Wirkung für den Geschäftsherrn besorgt werden, außer in den angeführten Verhältnissen, nicht sehr häufig und naheliegend sind.

Alles das in Betracht gezogen, scheinen mir die oft besprochenen Stellen l. 45 § 2, l. 49 ht., l. 74 § 2. 5. 1, l. 50 § 1. 5. 3, l. 14 § 11, l. 32. 11. 7 zwingende Beweise für den allgemeinen Rechtssatz zu ergeben. Auf das Detail einzugehen, finde ich nicht Veranlassung, da ich mit Zimmermanns Ausführungen[1]) ganz übereinkomme. Und nur bei der Hauptstelle l. 49 ht. habe ich einige Bemerkungen beizufügen. Ich halte es nämlich für ganz unnötig, die handschriftliche Lesart quandoque in quandoquidem zu ändern, da die erstere bei allen möglichen Auffassungen einen guten Sinn gibt. Wenn aber die Entscheidung der Stelle nur als bedingte gegeben ist, so bleibt zwar Zimmermanns scharfsinnige Lösung, wonach auch im letzten Teil der Stelle das im Anfang derselben angegebene Moment des Untergangs der fraglichen Sachen zu subintelligiren wäre, ganz gut möglich. Aber sie bleibt nicht die einzig zulässige. Es kann auch an den Fall gedacht werden, daß der vermeintliche Erbe, der das Legat geleistet hat, nicht die condictio indebiti ausstellen will. Denn nach l. 30, l. 31 pr. 5. 3, l. 3. 12. 6 ist nicht zu zweifeln, daß dem Erbschaftsbesitzer die Wahl zusteht, ob er die für Erbschaftsschulden suo nomine gemachten Leistungen condiciren oder sie dem wahren Erben anrechnen will. Weiteres über diese letzte Frage unten bei der condictio indebiti.

E. Bereicherung ohne Mitwirkung eines der Beteiligten.

a) Ohne menschliches Zutun kann in besonderen Fällen eine Vermögensveränderung zwischen zwei Personen bewirkt werden. Die zwei Beispiele, welche die Quellen enthalten, sind oben S. 74. bei der Bereicherung durch Besitzerwerb behandelt worden. Es ist nicht zweifelhaft, daß auch in andern derartigen Fällen, wenn sich solche ergeben sollten, die gleiche Entscheidung zu treffen, also ein Bereicherungsanspruch zu gewähren ist.

---

b) Was die Fälle betrifft, wo Jemand aus dem Vermögen eines andern durch die Handlung eines Dritten einen Vorteil erhält, so führen sie nur ausnahmsweise zu einem Anspruch, welcher als Bereicherungsanspruch angesehen werden kann. Denn regelmäßig wird durch die Handlungen des Dritten, welche Jemandem einen Vorteil entziehen, nur er

[1]) Echte und unechte N. G. S. 67 flg.

selbst verantwortlich, nur gegen ihn steht dem Verlierenden ein Rückforderungsanspruch zu. Ist der Vorteil nicht bei dem Dritten verblieben, sondern in ein anderes Vermögen übergegangen, so steht gegen den Empfänger vielleicht dem Dritten ein Anspruch zu, nicht aber ohneweiters dem Verlierenden. Diese elementaren Sätze sind gegenwärtig allgemein als richtig anerkannt, und die eine Zeit lang übliche monstrose Lehre von der utilis de in rem verso actio gänzlich beseitigt.[1])

Eine Abweichung von dieser Gestaltung, also eine directe Klage des Verlierenden gegen den Empfänger, der durch die Handlung einer Mittelsperson bezeichnet ist, findet nur ausnahmsweise statt. So bei manchen Delicten, aus welchen actiones in rem scriptae entstehen, wie act. quod metus, Pauliana. Diese Fälle gehören in die Lehre der Delictsansprüche und können natürlich nicht generalisirt werden. — Ferner kommen Fälle vor, wo eine Bereicherungsklage, die zwischen A und B nach allgemeiner Regel begründet ist, aus besonderen Gründen auch dem C zusteht, aus dessen Vermögen die fragliche Bereicherung stammt. Diese Fälle werden bei den normalen Fällen besprochen, sie sind am richtigsten als cessio ex lege aufzufassen und ebenfalls nicht zu generalisiren. S. z. B. oben S. 77 zu l. 24 § 1. 19. 1, unten S. 107.

Hierher aber wären einige Fälle zu stellen, in welchem der Vorteil, der aus dem Vermögen des A an B durch die Handlung von C gelangt ist, allerdings direct von B zurückgefordert werden kann. Sie sind dadurch ausgezeichnet, daß C in gewissen engen Beziehungen zu dem Vermögen des B steht, so daß dasselbe durch seine Handlungen direct beeinflußt wird. Indem so die Vermögensänderung, wenn auch durch die Handlung des Dritten C hervorgebracht, doch direct zwischen den Vermögenskreisen von A und B stattfindet, tritt auch ein directes obligatorisches Verhältnis zwischen ihnen ein. In unsere Lehre aber kann man diese Fälle insofern einbeziehen, als für den Empfänger die Ursache des Erwerbes eine zufällige ist, nemlich weder eigenes Delict noch eigener Vertrag, sondern die Handlung eines Dritten, für welche er nicht unbedingt haftet, weshalb er auch nur die Bereicherung zu restituiren braucht.

Wenn sich aber das Moment der zufälligen Bereicherung auch in dem Tatbestand dieser Fälle vorfindet, so ist es doch nicht das einzige und es wird niemand glauben, durch Hervorhebung dieses Momentes den vorliegenden Verhältnissen Genüge getan zu haben. Es sind vielmehr in erste Linie jene Umstände zu stellen, welche bedingen, daß die Handlung eines Dritten auf ein Vermögen direct Einfluß nehmen kann, ohne daß

---

[1]) Gegen diese bes. von Wilhelm Sell, Versuche I. 1833 S. 1—140, vertretene Lehre vgl. Witte, S. 255 flg.

doch der Inhaber des Vermögens diese Handlungen für sich gelten lassen und die Consequenzen derselben tragen muß. Ist also die Gesammtheit des Tatbestandes für die Natur der fraglichen Ansprüche von maßgebendem Einflusse, so ist klar, daß die letzteren nicht eigentlich in das Gebiet unserer Untersuchung fallen. Wir haben sie nur als Anwendungsfälle von Condictionen und zu dem Nachweise zu berühren, daß ein allgemeiner Bereicherungsanspruch nicht daraus abgeleitet werden kann.

1) Die Handlungen des gesetzlichen Stellvertreters gelten im Umfange seiner Vollmacht als für den Vertretenen abgeschlossen, der letztere wird durch dieselben direct und im gewöhnlichen Umfange verpflichtet. Diejenigen Handlungen aber, welche zwar auch das Vermögen des Vertretenen berühren, aber nicht in der Vollmacht des Vertreters liegen, z. B. Delicte, gelten nicht für den Vertretenen, verpflichten ihn an sich nicht. Nur soweit dadurch sein Vermögen unmittelbar vermehrt ist, haftet er dem Beschädigten auf Herausgabe der Bereicherung.[1])

Wie wenig dieser Rechtssatz in die Bereicherungslehre gehört, zeigt sich in einer anderen Formulirung, welche derselbe in den Quellen gefunden hat. Diese Formulirung wird gewählt, um die volle Haftung des Vertreters, welche unbedingt einzutreten hat, mit der beschränkten Haftung des Vertretenen in Verbindung zu bringen. Von dem gemeinsamen Princip, daß den Vertretenen kein Schaden treffe, führt folgender Gedankengang zu dieser zweiten Formulirung. Eigentlich müßten die Folgen der bei der Vermögensverwaltung begangenen dolosen Handlungen des Vertreters auf dem Vermögen haften bleiben, den Vertretenen direct treffen. Und dieser würde sich dann gegen den Vertreter seines Schadens erholen. Da aber den Vertretenen ausnahmsweise kein Schaden treffen soll, so kann der Dritte nur soviel von ihm verlangen, als er durch Regreß hereinbringen könnte. Daher wird dem Vertretenen gestattet sich ganz loszumachen durch Cession der Regreßansprüche gegen den Vertreter. So ergibt sich die Consequenz, daß der Vertreter dem Dritten direct auf den vollen Schadenersatz verhaftet wird, während er natürlich dem Vertretenen den durch das Delict erzielten Vorteil abrechnen kann.

Hierzu ist anzuführen l. 21 § 1. 15. 1 (Ulp.):

> et puto si solvendo tutor sit, praestare pupillum ex dolo eius, maxime si quid ad eum pervenit. et ita Pomponius scribit,

welche unzweideutig die vollständige, über die Bereicherung hinausgehende Haftung des Pupillen ausspricht, die nur an die Bedingung der Zahlungsfähigkeit des Tutors geknüpft ist. In zwei anderen Stellen wird der Um-

---

[1]) S. z. B. l. 15. pr. 4. 3. und die übrigen Belegstellen bei Windscheid §. 440. N. 6.

fang der Haftung des Pupillen in gleicher Weise bestimmt, aber zugleich als die einfachere Formulirung (elegantius dicere poteris) angegeben: Haftung auf Abtretung der Regreßansprüche gegen den Tutor. So in l. 3 § 1. 14. 4. Ulpian und in l. 61. 26. 7. Pompon:

> — quod culpa tutoris pupillus ex hereditate desiit possidere, eius aestimatio in petitione hereditatis sine ullo dubio fieri debebit ita, si pupillo de hereditate cautum sit: cautum autem esse videtur etiam si tutor idoneus erit, a quo servari possit id, quod pupillus ex litis aestimatione subierit. sed si tutor solvendo non est, — — detrimentum petitoris esse debeat. — — elegantius dicere poteris, actiones duntaxat, quas haberet cum tutore pupillus petitori hereditatis praestandas esse.

2) Bei freiwilligen Stellvertretern gilt das eben Ausgeführte auch. Daß sie den Vertretenen in gewissem Umfange direct verpflichten können, entweder kraft erteilter Vollmacht oder kraft erfolgender Genehmigung, gehört nicht hierher, sie handeln hier für den Vertretenen. Wenn sie aber bei Einwirkung auf Geschäfte des Vertretenen ihre Vollmacht überschreiten und rechtswidrig handeln, so tragen sie allein die volle Consequenz dieser Handlungen. Wenn sie aber dadurch das Vermögen des Vertretenen vermehrt haben, so haftet der letztere wenigstens auf Herausgabe dieser Bereicherung. l. 21 §. 1. 15. 1. l. 15 §. 2. 4. 3.

Eine weitere Ausnahme hat man hier für den Abschluß von Rechtsgeschäften im Interesse des Vertretenen angenommen, allein wie gegenwärtig immer mehr zugegeben wird mit Unrecht. Natürlich handelt es sich nicht um die Fälle, wo das Geschäft direct im Namen des Vertretenen abgeschlossen wird, welche, wie erwähnt, unter einen andern Gesichtspunkt fallen, sondern um jene Fälle, wo der Vertreter das Geschäft zwar im eigenen Namen schließt, daher auch selbst in erster Linie verpflichtet wird, wo aber für beide Parteien erkennbar hervortritt, daß das Geschäft den Interessen des Vertretenen dienen soll. Hier ist ein Anspruch gegen den Vertretenen unter folgenden Voraussetzungen denkbar. Erstens als actio quasi institoria, wenn die einem Jussus gleichkommende Willensmeinung des Vertretenen, daß das Geschäft geschlossen werden solle, dem dritten Contrahenten bekannt ist, etwa aus dem Mandat des Vertreters.[1]) Hier ist es für den Anspruch gegen den Vertretenen sogar gleichgiltig, ob das Geschäft dem Vertretenen zu Gute gekommen ist oder nicht. Zweitens

---

[1]) Windscheid. § 483. A. 5. Zimmermann. Stellvertretende Neg. Gestio. 319. Baron. Abhdlg, II. S. 193. l. 30 pr. 3. 5. l. 10 § 5. 17. 1. l. 13 § 2 5. 19. 1.

wenn der Dritte im Hinblick auf das Interesse des Vertretenen, contemplatione domini contrahirt, und aus dem Geschäft der Vertretene bereichert wurde, dasselbe also utiliter gestum ist, so steht ihm einfach die act. negotiorum gestorum gegen den Vertretenen zu.[1])

In beiden Fällen ist es also nicht die Tatsache der Bereicherung, der versio in rem allein, welche den Anspruch bedingt, daher dieselben nicht in unser Gebiet gehören. Sonst aber ist von einem Anspruch gegen den Vertretenen aus einem Geschäfte des Vertreters nirgends eine Spur, namentlich fehlt für eine weitergehende act. de in rem verso utilis jede Andeutung.[2])

3) Was die Ansprüche betrifft, welche gegen die Gewalthaber aus den Handlungen der Hauskinder und Sclaven entstehen, so wird man nicht bestreiten, daß dieselben nicht allein von dem Bereicherungsstandpunct aus zu beurteilen sind. Die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Gewalthaber und Gewaltunterworfenen müssen vielmehr als ein einheitliches Institut von einheitlicher Grundlage aus aufgefaßt werden. Es genügt also die Bemerkung, daß die Haftung des Gewalthabers, wenn sie nicht weitergeht, sich doch mindestens auf Herausgabe der Bereicherung erstreckt. Ein solcher Anspruch wird bei Delicten der Gewaltunterworfenen neben dem Anspruch auf noxae datio durch Condictionen verfolgt.[3]) Bei Verträgen der Gewaltunterworfenen dient diesem Anspruch neben den weitergehenden Klagen die act. de in rem verso, mit welcher auch eine Condictio concurriren kann.[4])

Besonderer Erwähnung bedürfen noch die Fälle, wo ein Sclave, der in fremdem Besitze oder Ususfructus steht, den Erwerb, welcher der Rechtsregel nach dem Besitzer oder Usufructuar zufiele, dem Herren zuwendet oder umgekehrt.[5])

4) Endlich könnte man hier die Condictionen anführen, welche gegen den Erben gegeben werden auf Herausgabe dessen, um was die Erbschaft durch Delict des Erblassers vermehrt erscheint. Richtiger freilich ist es, hier von dem Moment der Bereicherung abzusehen und die gegen den Erben gerichtete Klage als die ursprüngliche Delictsklage mit beschränktem

---

[1]) Zimmermann. 300 flg. Baron. S. 40 flg. c. 7. § 1 IV. 26. l. 82. 17. 2. vgl. l. 10 § 5. 15. 3.

[2]) So auch neuestens Ruhstrat, Jahrbücher für Dogm. XIX. S. 416 flg.

[3]) Witte. S. 282 flg. Windscheid. §. 425. N. 4. §. 484. N. 10. Mit Beschränkung Mandry, Familiengüterrecht. II. S. 232 flg.

[4]) J. IV. 7. § 8, l. 17 § 5. 13. 3.

[5]) l. 39. 45. 3. Im zweiten Falle ist zwar die Zuwendung an sich ungiltig, l. 22. 45. 3. e. c., aber wenn dieselbe vollzogen ist, kann Condiction notwendig werden.

Umfange anzusehen. Diese Auffassung wird ja notwendig, wenn das neuere Recht die Minderung der Delictsklage gegen den Erben verwirft und nur die Beschränkung quoad vires hereditatis gestattet.

Hierher gehört natürlich auch der Anspruch des Eigentümers gegen den Erben dessen, qui dolo desiit possidere.[1])

---

[1]) l. 5. 6. 12., unrichtig beurteilt also den Fall Ihering Jahrbuch. 16. S. 316.

III. Bereicherung mit Willen des Verlierenden.

A. Allgemeines.

Auch was jemand absichtlich und wissentlich einem andern zugewendet hat, kann in vielen Fällen durch eine Condiction zurückgefordert werden, und alle diese Conditionsfälle mit einziger Ausnahme des Darlehnsvertrages pflegt man in die Lehre von den Bereicherungsklagen aufzunehmen. Wir werden daher unsere Betrachtung auch auf alle in den Quellen vorkommenden Fälle dieser Art ausdehnen, aber natürlich ohne daraus irgend eine Folgerung für die Beurteilung der einzelnen Verhältnisse zu ziehen. Der Stand der Lehre ist gegenwärtig folgender.

Als eine gesonderte Gruppe sind die Fälle anerkannt, wo die Leistung auf Grund eines vom Rechte mißbilligten Geschäftes geschehen ist, die Fälle der condictio ob injustam vel turpem causam. Hier beruht die Rückforderung unmittelbar auf der für jeden einzelnen Fall verschiedenen gesetzlichen Bestimmung. Wir sprechen von diesem Punkte zuletzt unter D.

Im übrigen hat man sich vielfach begnügt, bei der Darstellung der Quellen stehen zu bleiben. Man hat also die Fälle der condictio indebiti und der condictio causa data causa non secuta als zwei selbständige Gruppen bestehen lassen und als Tatbestand bezeichnet bei der ersten: Leistung unter Annahme einer bestehenden Rechtsverbindlichkeit, bei der zweiten: Leistung im Hinblick oder mit Rücksicht auf einen künftigen Umstand, der nun nicht eintritt.[1])

Bei dieser Auffassung nicht stehen zu bleiben, machten folgende Umstände wünschenswert. Nicht jede in Erwartung eines künftigen Umstandes gemachte Leistung kann condicirt werden, es bedarf also der Begrenzung der Rückforderungsfälle und überhaupt einer genaueren Bestimmung des Tatbestandes der Rückforderung. Dann ist nicht sofort einzusehen, warum nur die Rücksicht auf einen künftigen, nicht auch die Rücksicht auf einen

---

[1]) Vangerow. §. 626. A. 1. Sintenis. II. S. 532. 539. Wol auch Arndts §. 342. Baron. §. 281. 282, obwol beide von Voraussetzung ähnlich wie Windscheid sprechen.

vergangenen Umstand zur Rückforderung berechtigen sollte, besonders da ja bei der condictio indebiti wirklich die mit Rücksicht auf das Bestehen der Verbindlichkeit gemachte Leistung condicirt wird. Es handelt sich also um eine Motivirung der ganzen Lehre oder um eine Ergänzung und Erweiterung der in den Quellen direct enthaltenen Sätze.

Die Schritte nun, welche man über den unmittelbaren Inhalt der Quellen hinaus machte, waren wesentlich geleitet von dem Gedanken, in allen Condictionen, in allen Bereicherungsfällen einen gemeinsamen, die Rückforderung begründenden Tatbestand zu entdecken. Als gemeinsames Moment schien sich zu bieten der Umstand, daß die Leistung stets aus einem unrichtigen Motive erfolgt. Ist der vorausgesetzte Umstand ein gegenwärtiger, so kann man auch von Irrtum im Motiv sprechen, im andern Falle ist es der nicht erreichte Zweck, welcher die Leistung veranlaßt hat und zur Rückforderung Anlaß gibt.

Allein gewiß wie etwas ist es, daß nicht jeder Irrtum im Motiv, nicht jede vereitelte Absicht der Parteien ein Rechtsgeschäft anfechtbar macht, die Rückforderung des definitiv und ohne Vorbehalt Weggegebenen begründet. Wie und warum sind nun die Condictionsfälle von anderen abzugrenzen? Eine teilweise Vervollständigung der Regel bietet der allgemein anerkannte Satz, daß die Beziehung der Leistung zu dem vorausgesetzten Umstande erkennbar, genauer für den Empfänger erkennbar, hervorgehoben sein muß, um berücksichtigt zu werden.[1]) Dieses Erforderniß ist zwar nicht direct bezeugt, ergibt sich aber mit Notwendigkeit aus der Natur des Verhältnisses. Aber damit ist die gestellte Frage noch nicht ganz gelöst.

Eine vollständige Begrenzung der Condictionsfälle will Windscheid mit Hilfe seiner Lehre von der „Voraussetzung im technischen Sinne" gewinnen. Zu einer solchen soll der erkennbare Beweggrund einer der Parteien dann erhoben werden, wenn er ausdrücklich bei der Willenserklärung ausgesprochen wird, oder auch unausgesprochen, wenn er nur die „erste Absicht", „vor welcher keine andere mehr steht", betrifft. Und diese technische „Voraussetzung", diese specielle Art des erkennbaren Beweggrundes, soll wirklich Teil der Willenserklärung, des Rechtsgeschäfts sein. Ihr Inhalt aber soll die Willensrichtung auf das Bestehen oder Nichtbestehen der Wirkungen des eigentlichen Rechtsgeschäftes sein,[2]) je nachdem dieselben den Erwartungen der die Voraussetzung beifügenden Partei entsprechen oder nicht. Daher also würden die Condictionen dann

---

[1]) Erxleben II. S. 119. Windscheid, Voraussetzung, S. 82. Pand. I. § 98. N. 2. Witte S. 90 flg. Baron, Pand. § 282. b) 2.

[2]) S. bes. Voraussetzung S. 160. 161. Pand. II. § 423. 3 a).

stattfinden, wenn die von dem Leistenden gehegten, nicht erfüllten Erwartungen entweder ausgesprochen, oder als „Erste Absicht" desselben anzusehen waren.[1])

Diese Theorie hat mit Recht fast gar keinen Anklang gefunden und ist von so vielen Seiten her angegriffen worden, daß ich mich hier auf einige recapitulirende Bemerkungen beschränken kann. Eine klare Auffassung des Vertragsrechtes und eine sichere Interpretation des Rechtsgeschäfts ist nur möglich, wenn der Begriff der Willenserklärung scharf gesondert gehalten wird von allen andern Nebenumständen. Willenserklärung, Teil des Rechtsgeschäftes kann nur sein, was eine Verfügung enthält, und das eben ist bei der „Voraussetzung" nicht der Fall.[2]) Nur als concludente Tatsache neben der Willenserklärung kommt der erkennbare Beweggrund oft zur Bedeutung, indem er einen Schluß auf eine sog. „stillschweigende Willenserklärung" gestattet. In dieser Bedeutung kann der erkennbare Beweggrund entweder eine generelle Willenserklärung ergänzen, oder einer in sich vollendeten Willenserklärung ein selbständiges, die Wirkung der ersteren beschränkendes Geschäft beifügen. Aber darum bleibt es immer falsch, die Voraussetzung als Art der Willenserklärung zu bezeichnen. Der Schein teilweiser Richtigkeit wird dadurch erweckt, daß Windscheid verschiedenes, was zweifellos Willenserklärung wirklich ist, zur Voraussetzung, zum bloßen Beweggrund herabdrücken will, z. B. den Modus.

Ein weiterer Einwand richtet sich gegen die Verwendung des Begriffes der „Ersten Absicht". Wir sehen ab von der Angemessenheit des Ausdrucks, denn auf den ersten Blick würde man darunter wol das die Person des Handelnden nächst berührende Motiv verstehen, so z. B., wenn ich einem Maler ein Bild abkaufe aus Wolwollen, um ihn zu unterstützen, würde man als erste die Absicht ansehen, jenem einen Dienst zu leisten. Windscheid aber versteht darunter gerade die auf die Gestaltung der äußeren Umstände gerichtete, also der eigentlichen Willenserklärung zunächst stehende Absicht. Hervorzuheben aber ist zweierlei. Bedeutung kann die von Windscheid formulirte Regel nur erlangen, wenn die Eigenschaft der Absicht, „Erste" zu sein, leicht und sicher erkennbar ist. Daß dies der Fall, braucht nicht widerlegt zu werden, es müßte erst bewiesen sein, ehe die ganze Ansicht überhaupt in Frage kommen könnte. Daß es nicht der Fall ist, lehren aber die wenigen zweifelhaften Fälle, in welchen

---

[1]) Voraussetzung S. 87 flg. Pand. I. § 98 1) N. 1.

[2]) „Das klare Verhältnis der V. als erkennbaren Beweggrundes zur Erklärung verdeckt W., indem er eine Willensrichtung auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses annimmt, während ein Wille nur in Bezug auf eine Veränderung denkbar ist." Pfersche, Error in substantia, 1880, S. 23.

Windscheid dieses Moment zu verwerten sucht.[1]) Wäre aber auch die „Erste Absicht" ein greifbares, tatsächliches Merkmal, so wäre zweitens noch zu erklären, warum das Recht dieses ganz äußerliche Moment als entscheidend für die Gewährung der Rückforderung ansehen kann.

Bleibt uns in diesen Punkten die bekämpfte Ansicht die Antwort schuldig, so wird sie in ihrer Allgemeinheit direct widerlegt, wenn sich bei der condictio indebiti ergibt, daß sie in keiner Weise auf eine Willensbeschränkung des Leistenden zurückgeführt werden kann, da er eben verpflichtet ist unbedingt und vorbehaltlos zu leisten.[2])

Sonach können wir die Theorie von der technischen Voraussetzung nicht als einen zulässigen Ausgangspunkt bei Untersuchung der Condictionslehre halten. Noch weniger aber können die übrigen Ansichten genügen. Witte sagt:[3]) „Eine jede Zuwendung ist nur als mit einem bestimmten Charakter behaftet gewollt. Und es befindet sich die Leistung, welche den beabsichtigten Charakter nicht haben kann, wider den wahren Willen des Leistenden bei dem Empfänger." Die Ermangelung irgend eines vorausgesetzten Umstandes gibt also nur dann zur Rückforderung Anlaß, „wenn dieselbe den Charakter der Leistung alterirt". Wann dies der Fall sei, wann nicht, darüber aber erteilt uns Witte keine Auskunft. Und allein auf den vagen Ausdruck Charakter der Leistung den Rechtssatz abzustellen, ist doch nicht möglich.[4])

Den gleichen Mangel weisen alle anderen Formulirungen ebenfalls auf.[5]) Man ist freilich einig, daß eine gewisse Beziehung zwischen der Vornahme der Leistung und der erkennbaren Absicht des Leistenden vorliegen müsse, um die Rückforderung zu begründen. Und der Richter wird auch in den meisten Fällen nicht im Zweifel sein, wann diese notwendige Beziehung vorliegt, wann nicht. Allein die theoretische Formulirung des Rechtssatzes und damit die Antwort auf die gestellten Fragen ist noch nicht gefunden.

Ich fürchte aber auch, daß sie nicht gefunden werden wird, so lange man von dem Vorurteile ausgeht, alle Fälle der condictiones ob causam datorum auf einen gemeinsamen, allgemeinen Rechtssatz zurückzuführen. Da es nach den vorstehenden historischen Erörterungen erlaubt ist, dieses

---

[1]) Voraussetzung S. No. 43. 63. S. 85 flg. und dazu Witte S. 83. 84.

[2]) S. das Nähere unten, vorläufig Bähr, Anerkennung, S. 72. 73.

[3]) S. 55 flg.

[4]) Witte weist auf ein subjectives, aus verschiedenen Umständen erkennbares Moment hin und trifft sofern das Richtigere als Windscheid, wenn derselbe auf das objective, bedeutungslose Moment der Ersten Absicht seine Regel gründet.

[5]) Vgl. Erxleben. II. S. VI. Voigt. S. 491 flg. E. Zimmermann, Beiträge zur cond. indebiti 1868. S. 9. Note, Wächter. Pand. II. § 220.

Vorurteil fallen zu lassen, so macht die vorliegende Untersuchung den Versuch, die den Condictionen zu Grunde liegenden Rechtssätze von unten herauf durch gesonderte Betrachtung der einzelnen Gruppen nächstverwandter Entscheidungen zu ermitteln. Auch auf diesem Wege müßte ja der allgemeine Rechtssatz gefunden werden, wenn ein solcher wirklich dem Römischen Rechte bekannt gewesen wäre, wenn die den einzelnen Gruppen zu Grunde liegenden Sätze nur Glieder eines höheren, allgemeineren wären. Allein das Resultat solcher Untersuchung ist ein ganz anderes. Wenn wir die in den Quellenentscheidungen zu Tage tretenden Verschiedenheiten in vollem Maße zu würdigen verstehen, so tritt klar zu Tage, daß die Condictionsfälle weder gemeinsamen Tatbestand besitzen — was man bisher vergeblich darzutun versucht — noch gemeinsame rechtliche Wirkungen — was man auch bisher nicht ganz zu leugnen vermocht hat. Wir finden, daß ein Teil der Condictionen auf Vertrag, teils ausdrücklichem, teils stillschweigendem beruht; daß aber der andere Teil auf mehrere, ganz verschiedene Rechtssätze zurückzuführen ist, für deren complicirten Tatbestand nicht blos das eine oder andere Moment, wenn es auch in verschiedenen Fällen sich vorfindet, als das allein charakteristische hervorgehoben werden kann.

Wir gelangen also, obwol wir im practischen Resultate sowol mit der herrschenden gemeinrechtlichen Ansicht, als mit den modernen Rechten völlig übereinstimmen, zu einer wesentlich verschiedenen Auffassung der fraglichen Rechtssätze. Unsere Resultate sind folgende:

Die condictio indebiti, der Rückforderungsanspruch bei irriger Erfüllung einer Nichtschuld, beruht auf einem eigenen Rechtssatz, in dessen Tatbestand der Parteiwillen in keiner Weise berücksichtigt ist. Charakteristisch ist nicht der Irrtum im Motiv an sich, sondern die Absicht, der Rechtspflicht zu genügen. Gegenstand ist die Bereicherung des Empfängers zur Zeit der Rückforderung.

Unter den Fällen der sog. cond. causa data causa non secuta finden sich die verschiedensten Rechtsverhältnisse.

1) Verträge auf Gegenleistung des Empfängers, Innominatcontracte. Die Zulassung der Condictio, der Rückforderung, beruht auf historischen Momenten.
2) Rückgabeverträge. Teils ausdrückliche, aber kurz gefaßte Beredungen, teils unvollständige, durch Willensinterpretation zu ergänzende Beredungen, teils endlich stillschweigende Vereinbarungen. Letztere sind nach allgemeiner Regel aus den Umständen des Falles zu erschließen, sie folgen aber nicht aus jedem erkennbaren Motive des Hingebenden. — Der Gegenstand der Rückforderung richtet sich nach dem Inhalt der verschiedenen Verträge.

3) Viele vereinzelte Condictionsfälle gehören in ganz andere Rechtsgebiete. Insbesondere gehören in das Vertragsrecht die Regel über Rückforderung des auf Grund ungiltiger Verträge geleisteten. Über den Umfang der Rückforderung entscheiden jedesmal besondere Gesichtspunkte.

4) Die Leistung condicionis implendae gratia wird zurückgefordert kraft eines besonderen Rechtssatzes, welcher dem der condictio indebiti nahe steht und motivirt ist durch die Gleichstellung der mortis causa capiones mit den Legaten.

Endlich beruhen die condictiones ob injustam vel turpem causam auf vereinzelten positiven Verfügungen.

Die folgende Darstellung wird sich allein auf Leistungen, die in Eigentumsverschaffung bestehen, beziehen, sowol der Bequemlichkeit als auch der überwiegenden Wichtigkeit dieser Fälle wegen. Daher muß vorausgeschickt werden, daß das Römische Recht auch die Condicirung anderer Leistungen gestattet hat. Von der in Besitzübertragung bestehenden Leistung war schon S. 59 die Rede, von Servituten handelt l. 35. 8. 2, l. 22. § 1. 12. 6, l. 8 pr. 19. 1. Die Condiction bei Obligationen ist so zahlreich bezeugt, daß es keines Citates bedarf; für Cessionen muß wol dasselbe gelten wie für Obligationen; von Liberationen sprechen l. 4. 12. 4, l. 8 § 8. 11. 1, l. 24. 39. 6. Für das Pfandrecht existirt m. W. kein Zeugnis und obwol kein Hindernis gegen die Rückforderungsklage vorliegt, erscheint dieselbe neben der Vindication und der act pigueraticia contraria doch nicht notwendig.

Für die Rückforderung dieser Leistungen müssen aber, soweit nicht andere Entscheidungen vorliegen, dieselben Regeln gelten, wie für die Sachleistungen. Besondere Entscheidungen nun finden sich für Obligationen in der Lehre von der condictio indebiti und werden dort ihre Erwähnung finden. Somit erübrigt hier nur noch eine Bemerkung über die practische Bedeutung dieser Condictionen.

Es wäre durchaus nicht so selbstverständlich, daß Rückforderungsklagen auch dort zugelassen werden, wo die Leistung nicht wie bei der Sachleistung eine factische, sondern blos eine rechtliche Veränderung hervorgebracht hat. Denn im letztern Falle wäre der Leistende genügend gesichert, wenn er der rechtlichen Geltendmachung der vorgenommenen Rechtsänderung verteidigungsweise entgegentreten könnte, er hätte nur eine Einrede, keine Nullitätsquerel. Der Unterschied dieser Gestaltung von der im Römischen Recht wirklich anerkannten wäre kein materiellrechtlicher, sondern nur ein processualer. Es ist daher eine Frage der Proceßpolitik, ob das moderne Recht bei allen Arten von Leistungen den Condictionenschutz beibehalten soll oder nicht.

B. Rückforderung des zur Erfüllung einer Rechtspflicht Geleisteten.

I. Charakterisirung des Tatbestandes.

Die Voraussetzungen der als condictio indebiti bezeichneten Klage sind der Hauptsache nach:

1) Leistung
2) in der Absicht, eine rechtliche Verpflichtung zu erfüllen, und
3) Nichtbestehen dieser Verbindlichkeit.

Das zweite Moment schließt schon in sich, daß der Leistende über die Verbindlichkeit im Irrtum war; ob es notwendig ist, dieses Moment trotzdem hervorzuheben, ist sogleich genauer zu erwägen. Einige weitere beschränkende Bestimmungen kommen, wie sich unten bei Darstellung derselben ergeben wird, für das Wesen des vorliegenden Anspruchs nicht in Betracht. Wir haben die genauere Bestimmung dieser Erfordernisse zu untersuchen und insbesondere zu fragen, worin das charakteristische Moment des Tatbestandes gelegen ist, oder mit anderen Worten, warum das Recht an diese Voraussetzung und gerade nur an diese, einen Rückforderungsanspruch knüpft? Bei dieser Frage kommen vor allem die beiden ersten vereinten Momente, also die Natur der Erfüllung, in Betracht.

Mit Sicherheit läßt sich sagen, daß die Rückforderung in keiner Weise auf den Willen des Leistenden gestützt und damit in Verbindung gebracht werden kann.[1]) Die älteren Versuche dieser Art, welche von stillschweigendem oder fingirtem Vertrage sprachen, sind als ungenügend anerkannt.[2]) Aber auch die neueren Ansichten, welche den Anspruch auf eine datio ob causam gründen,[3]) oder auf die unter einer Voraussetzung erfolgte Hingabe,[4]) sind unzulässig, sofern sie mit diesen Ausdrücken auf irgend eine Art von Willenserklärung des Gebers hinweisen wollen. Das folgt aus der Natur der Erfüllung.

Denn erstens ist die Erfüllung kein Rechtsgeschäft, sie enthält nicht notwendig eine Willenserklärung. Daß eine Willenserklärung des Gläubigers nicht notwendig ist, folgt daraus, daß die Vollziehung der geschuldeten Handlung ohne sein Wissen, oft sogar gegen seinen Willen vor sich

---

1) Nicht „als consequentes Ergebnis des im Zahlungsact kundgegebenen rechtlichen Willens“ anzusehen ist. E. Zimmermann S. 4.

2) S. dagegen vor allem Erxleben, Cond. sine causa I. S. 14 flg.

3) Erxleben S. 26 flg. Witte S. 90 flg.

4) Windscheid § 423. 3. b) — Gegen diese Auffassung auch Zimmermann, Zur Theorie der c. indebiti, S. 3. 4.

gehen kann.[1]) In diesen Fällen also wäre die Willenserklärung des Schuldners, wenn eine solche vorliegen würde, keine vertragsmäßige. Aber es ist ja ganz unmöglich, in der Vornahme der bedungenen Handlung durch den Schuldner eine Willenserklärung zu sehen. Es ist hier vielmehr gerade so wie bei der Geschäftsführung, die Handlung wird in einer bestimmten, erkennbaren und zu beweisenden Absicht vorgenommen. Aber die erkennbare Absicht des Handelnden, dort der animus negotii gerendi, hier der animus solvendi, ist keine Willenserklärung. Wenn aber die Erfüllung in einzelnen Fällen kein Rechtsgeschäft ist, kann sie es niemals sein.

Sehen wir zweitens auf die Fälle, wo zum Zwecke der Erfüllung ein Rechtsgeschäft geschlossen wird, so hat auch hier ein auf die Rückgabe bezügliches Willensmoment keinen Raum. Wenn man hier das für die Erfüllung charakteristische Moment des erkennbaren Motivs unrichtig in ein Willensmoment verwandeln wollte, so hat man übersehen, daß die geschuldete Leistung notwendig eine ganz unbedingte und vorbehaltlose sein muß. Der Gläubiger kann zwar diese Leistung unter einer Resolutivbedingung annehmen oder sich zur eventuellen Rückgabe verpflichten,[2]) aber er braucht sich auf nichts dergleichen einzulassen. Wollte der Schuldner nur unter Vorbehalt, Protest, Bestreitung des Rechtes des Gläubigers leisten, so würde er dem Gläubiger nicht vollkommene Genüge leisten, derselbe brauchte das Angebotene nicht zu acceptiren und könnte es auf den Proceß ankommen lassen. Das Motiv der Leistung des Schuldners, die Voraussetzung des Bestehens der Verbindlichkeit, kann und darf also gar nicht zu einer Beschränkung des Erfüllungsgeschäftes, zu einem Teile der Willenserklärung gemacht werden.

Wir haben also bisher im Tatbestande festgestellt, daß derselbe kein Willensmoment enthält und daß die Leistung aus irrigem Motiv erfolgt ist. Das aber genügt natürlich nicht zur Erklärung des Rückforderungsrechtes. Denn das Recht ist ja weit entfernt, bei allen aus Irrtum im Motiv erfolgten Handlungen die Hand zur Rückgängigmachung zu bieten. Warum geschieht es nun in unserem Falle?

Daß der entscheidende Grund nicht allein in der Bereicherung des Empfängers liegen kann, zeigt die ganze Gestaltung der Lehre. Die Rückforderung wird in einer großen Zahl von Fällen ausgeschlossen, in welchen die Stellung des Empfängers sich durch gar nichts vor den übrigen auszeichnet, in welchen demselben also der obwol ungerechtfertigte Gewinn doch verbleibt. Das ergeben ferner die Entscheidungen in l. 74 § 2. 5. 1,

[1]) Gleiche Ansicht vertritt mit Energie Kohler, Annahme und Annahmeverzug, Jahrb. f. Dogm. 17. S. 261 flg.

[2]) l. 2 pr. ht.

l. 31 pr. 5. 3, wonach die condictio dem, der eine fremde Schuld getilgt hat, nicht zusteht, während doch der wahre Schuldner eine Exceptio gegen die Forderung des Gläubigers erhält. Die Bereicherung des Empfängers ist also eine unerläßliche Voraussetzung der Gewährung der Rückforderung, aber sie ist nicht der einzige Grund dafür. Der Anspruch muß wol dem Empfänger gegenüber durch die Bereicherung gerechtfertigt, er muß aber auch auf Seiten des Gebers durch einen weitern Umstand motivirt erscheinen. Und in dieser Beziehung dürfte gerade die Natur der Erfüllung entscheidend sein.

In andern Fällen, wo der Geber eine bestimmte Absicht erreichen will, ist er in der Lage, die Erreichung der Absicht mit seiner Leistung in einen Zusammenhang zu bringen, das Recht bietet ihm Mittel, seiner Leistung Beschränkungen hinzuzufügen, sich die Rückforderung, wenn er darauf reflectirt, zu sichern. Nicht so bei der Erfüllung, hier erfolgt die Leistung nicht freiwillig, weder das Wie noch das Wann steht im Belieben des Gebers, das Recht legt ihm auf, ohne Vorbehalt zu leisten. Man kann dem Geber also hier nicht entgegenhalten, er habe selbst seine Lage unvorsichtig verschlechtert, er hätte sich durch Verabredung sicher stellen sollen. Daher erhält der Umstand, daß nur unter einer Voraussetzung geleistet wurde, sonst nicht geleistet worden wäre, gerade hier ein besonderes Gewicht.

Freilich könnte man sagen, es bleibt dem Schuldner doch ein Mittel, seine Bedenken und Vorbehalte zur Geltung zu bringen, der Proceß. Allein einerseits muß dieses Mittel dem Schuldner unzureichend erscheinen, da es sich ja nur um Fälle handelt, wo bei ihm Unkenntnis der wahren Sachlage vorausgesetzt wird und seine Lage nach Durchführung des ungenügend vorbereiteten Processes definitiv verloren wäre. Wichtiger aber ist andererseits, daß die Rechtsordnung gerade die friedliche Austragung der Verhältnisse, die Vermeidung unnötiger und leichtfertiger Processe anstrebt. Im Römischen Processe tritt diese Tendenz sehr deutlich hervor, nur wird sie in der früheren Periode durch die drakonischen Mittel der Proceßstrafen, insbes. der revocatio in duplum verfolgt. Der gleichen Tendenz vermag viel besser die condictio indebiti zu dienen. Denn der Schuldner, der irgend Zweifel über eine Verpflichtung hegt, ohne doch die Überzeugung und die Beweise ihrer Nichtexistenz zu haben, hat nicht nötig, sich sogleich auf den zweifelhaften Proceß einzulassen, er kann vorläufig leisten und später, wenn sich die Unrichtigkeit der Voraussetzung herausstellt, was ja nur in einem geringen Teile der Fälle eintritt, die Leistung zurückfordern.

Auf Grund dieser Erwägungen sehen wir das Charakteristische unseres Anspruchs nicht in einem einzelnen auszeichnenden Moment, welches

den Fall äußerlich von anderen, wo keine Klage gewährt ist, unterschiede, sondern in der gesammten Gestaltung des Verhältnisses, welche ausnahmsweise eine Begünstigung des Gebers rechtfertig und empfiehlt.

Es handelt sich noch um die genauere Formulirung des Tatbestandes. Man hebt vielfach neben den beiden ersten Momenten, Leistung in Erfüllungsabsicht, noch als ein weiteres Tatbestandsmoment hervor den Irrtum über das Bestehen der vorausgesetzten Verbindlichkeit. Allein mit Unrecht, weil dieses Moment soweit als notwendig schon in dem ersten enthalten ist. Denn die Absicht, eine Schuld zu erfüllen, kann nur derjenige fassen, der das Bestehen einer zu erfüllenden Schuld voraussetzt, und zwar irrtümlich voraussetzt, wenn sich nachträglich die Schuld als nicht bestehend herausstellt. Steht also fest, daß die Erfüllungsabsicht vorhanden war, so steht auch eben so fest, daß der Erfüllende im Irrtum sich befand. Umgekehrt schließt natürlich das Wissen von dem Nichtbestehen der Schuld die Erfüllungsabsicht notwendig aus, der Nachweis dieses Wissens hindert also die Annahme der Erfüllungsabsicht und ist so ein sicheres Mittel des Gegenbeweises. Aber dieser indirecte Einfluß des Irrtums macht es noch nicht notwendig, denselben als selbständiges Tatbestandsmoment aufzustellen, der Tatbestand ist vielmehr vollständig genau bezeichnet, wenn man die Erfüllungsabsicht als zu behauptendes und zu beweisendes Moment betont.[1])

Eine Bestätigung und Erläuterung wird diese Ansicht unten bei der Frage des Beweises erfahren. Was die Quellen betrifft, so kann man nicht gegen dieselbe anführen, daß das Erfordernis der irrtümlichen Leistung so oft hervorgehoben wird.[3]) Das Wissen des Leistenden ist ja ein sehr wichtiger Punkt bei der Frage des Beweises, der wol in jedem Falle irgendwie muß zur Sprache kommen, und deshalb ist die Erwähnung desselben in den Quellen genügend erklärt, auch wenn wir ihn bei richtiger Betonung der Erfüllungsabsicht weglassen können. Gleiches gilt auch für den Ausspruch der l. 25 pr. 22. 3:

> et ideo eum, qui dicit indebitum solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum ob eo solutum,

gegen welche Stelle insbesondere zu bemerken ist, daß man sie bei ihrer schwulstigen, anerkannterweise interpolirten Redeweise nicht so genau beim Wort nehmen kann, wie ein classisches Fragment.

Ebensowenig spricht es gegen uns, wenn man zur negativen Ergänzung unseres Rechtssatzes hervorhebt, daß wissentliche Leistung von

---

[1]) So Schlesinger, Formalcontracte, S. 204. E. Zimmermann, Zur Theorie der condictio indebiti, S. 11. N. 20. Windscheid § 426. N. 5.

[3]) S. Citate bei Fr. Zimmermann, Arch. f. civ. Pr. 48. S. 62.

etwas Nichtgeschuldetem die Rückforderung nicht begründet.[1]) Eine genauere Präcisirung dieser Regel gewährt c. 11. IV. 5:

> pro dubietate eorum, qui mente titubante indebitam solverunt pecuniam, certamen legislatoribus incidit, utrumne id quod ancipiti animo dederunt, possint repetere an non. quod nos decidentes sancimus, — — repetitionem non denegari et praesumptionem transactionis non contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur.

Danach bedarf es zur Begründung des Anspruches nicht gerade der Überzeugung des Leistenden von dem Bestehen der Schuld, sondern es genügt, wenn er nur das Nichtbestehen nicht sicher weiß. Und man wird nicht verkennen, wie viel besser diese Entscheidung zu unserer Formulirung paßt, als zu der Hervorhebung des Irrtums.

Nimmt man freilich mit der herrschenden Meinung an, daß die Condicirung nur bei entschuldbarem Irrtum begründet sei, daß also die Entschuldbarkeit desselben auch zu behaupten und zu beweisen sei, so tritt das Moment des Irrtums allerdings viel mehr im Tatbestande und in der Beweisfrage hervor und würde einer besonderen Erwähnung bedürfen. Das Genauere über diese Frage unten im dritten Abschnitt.

Das dritte Moment des Tatbestandes, Nichtbestehen der Verbindlichkeit, ist im nächsten Abschnitt zu behandeln. Hier sei noch einiges über die Gestaltung des Verhältnisses bei wissentlicher Leistung gesagt.

Faßt man die Frage der Bereicherungsklagen in der üblichen Weise dahin, wann ein Erwerb ungerechtfertigt ist, so ergibt sich natürlich für den Fall der wissentlichen Zahlung der Nichtschuld die Frage, warum hier keine Rückforderung stattfinde, wiefern hier der Erwerb des Empfängers gerechtfertigt sei? Auf diese Frage ist nun wol in manchen Fällen eine genügende Antwort zu finden, dann nämlich, wenn der Leistende unter dem Titel der Erfüllung eine Liberalität erweisen wollte.[2]) Aber dies trifft eben nicht in allen Fällen zu und so zeigt sich, daß auch dort, wo der Erwerb nicht gerechtfertigt ist, nicht immer ein Rückforderungsanspruch entsteht. Die letzteren Fälle, wenn sie auch practisch selten sind, werden natürlich nicht beseitigt, wenn man mit den Quellen von dem Leistenden sagt: donasse videtur. Es ist eben nicht richtig, daß er schenken wollte und zu schenken schien.[3]) Für uns liegt die Sache aber völlig klar. Rückforderung setzt besondern Rechtssatz voraus, hier ist sie an weitere Erfordernisse in der Person des Leistenden, nicht blos an die Bereicherung

---

[1]) l. 1 § 1. l. 24. ht. e. c.

[2]) S. die guten Bemerkungen von E. Zimmermann, Zur Theorie der c. ind. S. 32 flg.

[3]) Quellenbeispiele: l. 31 pr. 5. 3: l. 50. 12. 6, l. 50. 46. 3.

des Empfängers geknüpft. Es kann also nur das legislatorische Motiv des weiteren Erfordernisses in Frage kommen, über welches schon im Bisherigen einige Andeutungen gemacht sind. Das Recht hält es nicht für geboten, demjenigen besondere Hilfe zu gewähren, der in der Lage war, für sich selbst zu sorgen. Wer die Nichtschuld kennt, kann und soll sich vorher überlegen, ob er die Leistung machen und wie er sie zurückerlangen will, ein berechtigtes Interesse besonderen Schutzes liegt bei ihm durchaus nicht vor. Der Standpunkt des Römischen Rechts ist also ein ganz einfacher und berechtigter, er ist aber nur insofern consequent innegehalten, als eine eigne Klage versagt wird. Gestatten die processualen Verhältnisse, dem Leistenden zu dem Seinen zu verhelfen ohne besonderen Proceß, so wird ihm Hilfe nicht verweigert. Das zeigt die Entscheidung in l. 50. 46. 3:

> si cum aurum tibi promisissem, ignoranti quasi aurum aes solverim, non liberabor. sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci. petentem tamen te aurum exceptione summovebo, si non reddas aes, quod accepisti.

Im gleichen Sinne sind die schon erwähnten l. 74 § 2. 5. 1, l. 31 pr. 5. 3 aufzufassen, denn darin wird demjenigen, der wissentlich eine fremde Schuld aber nicht im Namen des Schuldners gezahlt hat, die condictio indebiti abgesprochen, aber dem wahren Schuldner gegen die nochmalige Forderung des Gläubigers eine Exceptio gewährt. Da nun so die Bereicherung des wahren Schuldners durch Befreiung von der Forderung eine definitive wird, wird die Grundlage für eine Bereicherungsklage des Zahlenden gegen den befreiten Schuldner gegeben.

II. Übersicht der Quellenentscheidungen.

Das dritte Moment des Tatbestandes, Nichtbestehen der vorausgesetzten Rechtspflicht, muß seine genauere Feststellung erhalten durch eine vollständige Übersicht der Fälle, in welchen die condictio indebiti zugelassen wird. Wir werden dabei auch auf einige Ergänzungen stoßen, welche der bisher festgestellte Rechtssatz noch bedarf, und anderseits auch einige Fälle ausscheiden, welche zwar dieselbe Klage erhalten, aber auf einen andern Rechtssatz zurückzuführen sind.

Die Reihenfolge der Fälle ist an sich irrelevant, wenn nur die Vollständigkeit und Übersicht gewahrt wird. Wir werden uns den verschiedenen Möglichkeiten anschließen, welche in Betreff des letzten Tatbestandsmomentes, des Nichtbestehens der Schuld, eintreten können, und darauf sehen, an welchem Punkte die vorausgesetzte Sachlage von der wirklichen sich unterscheidet. Wir erhalten dann drei Gruppen.

1) Es besteht gar keine der vorausgesetzten ähnliche Verbindlichkeit.

2) Es besteht eine Verbindlichkeit zwischen denselben Personen, aber mit geringerem oder anderem Inhalt als vorausgesetzt.

3) Es besteht eine Verbindlichkeit gleichen Inhalts, aber für einen anderen Gläubiger, oder für denselben Gläubiger, aber gegen einen anderen Schuldner, als vorausgesetzt wurde.

1) Es ist ohne Rechtspflicht geleistet worden, wenn das vorausgesetzte Obligationsverhältnis entweder nie rechtskräftig entstanden ist, oder wenn dasselbe im Augenblick der Erfüllung wieder weggefallen ist. Eine Aufzählung der einfachen Fälle dieser Art wäre überflüssig,[1]) es sei nur auf die wichtigeren Punkte hingewiesen.

Daß auch die nur nach praetorischem Rechte unwirksamen Ansprüche hier ohneweiters als nicht bestehend gelten, daß es also keines den Exceptionen entsprechenden Formelzusatzes bedurfte, obwol die Klage eine rein civile ist, hat nur historische Bedeutung.[2]) Daß nicht alle Exceptionen den Anspruch als aufgehoben erscheinen lassen, wird bei einigen Fällen S. 110 zu erwähnen sein.

Als aufgehoben ist auch der Anspruch anzusehen, dem der Schuldner Compensation entgegensetzen kann.[3]) Denn nach Römischem Recht ist ja die Compensation nicht nur eine processuale Begünstigung, eine Art Widerklage, sondern sie gewährt in Betreff des Zinsenlaufes, der Verjährung, des Verzuges materielle Vorteile, welche dem Schuldner eben nur durch die Rückforderung des Gezahlten, nicht aber durch Einklagung seiner eigenen Forderung gewahrt werden können.

Wenn auf dieselbe Forderung mehr als einmal geleistet wird, so fragt es sich, welche Leistung oder welcher Teil derselben ungeschuldet war? Die spätere Leistung, oder wenn sich die Reihenfolge nicht ermitteln läßt, eine entsprechende Quote bei der Leistung erfolgte ohne Grund und kann condicirt werden. Wichtig wird die Frage besonders bei den Correalverhältnissen. Citate bei Voigt S. 652.

Der Tatbestand unserer Klage kann auch dort vorliegen, wo auf Grund eines zweiseitigen Vertrages geleistet wurde, welcher sich dann als mit Nichtigkeit behaftet herausstellt oder doch nicht erfüllt werden kann.[4]) Doch hier findet sich noch ein weiteres Tatbestandsmoment, nämlich der äußerliche Abschluß des ungiltigen Vertrages, welches in erster Linie Beachtung fordert. Denn die Ungiltigkeit und ihre Consequenz, die Rückforderung, sind nur Wirkungen des Princips, daß die gegenseitigen

---

[1]) S. Citate bei Windscheid § 426 N. 4. 5. Voigt S. 638 flg.

[2]) S. Windscheid § 426 N. 5.

[3]) l. 10 § 1 de comp. l. 30 ht.

[4]) l. 37. 12. 6, l. 16 pr., l. 18 pr., l. 22, l. 23, l. 41 § 1, l. 52. 18. 1, l. 7. 18. 7, l. 33. 19. 2, l. 9 § 4. 19. 2. —

Leistungen in wechselseitiger Bedingtheit stehen sollen. Und in Betreff der practischen Consequenzen wäre es ganz unzulässig, dem Käufer und Mieter nicht nur den Anspruch auf das Interesse zu versagen, sondern auch den Anspruch auf Rückgabe des Kaufpreises zu beschränken auf die dem Empfänger verbleibende Bereicherung, wie es in den gewöhnlichen Fällen der condictio indebiti der Fall ist. Das Verhältnis ist hier doch ganz ähnlich wie bei der Redhibition wegen Mängel, und in diesem Fall ist kein Zweifel, daß der Kaufpreis vollständig und unbedingt zu restituiren ist. Wenn also die Ansprüche in diesen Fällen auch durch Condictionen geltend gemacht werden, so beruhen dieselben doch nicht auf unserem Rechtssatze, sie gehören in die Lehre von den Verträgen und nicht in die von der condictio indebiti.

Bei der Miete ist das Verhältnis ganz klar, die vorausbezahlte Zinsquote ist wirklich geschuldet, weil eben in der Vereinbarung der Vorauszahlung eine Fristbestimmung liegt. Wenn die Benutzung der gemieteten Sache dann unmöglich wird, so wird die vorgenommene Zahlung nicht zu einer unverschuldeten, es treten nicht die Grundsätze der condictio indebiti ein, sondern das Verhältnis ist ein eigenartiges und schließt sich eng dem Contract an. Daher wird zwar in l. 9 § 4. 19. 2 von einer Condiction gesprochen, aber l. 19 § 6, l. 33 ht. gewähren die act. locati und l. 19 § 6 cit. weist ausdrücklich die condictio indebiti zurück.

Beim Kauf findet sich die Condictio noch mehrfach anerkannt, obwol teilweise die act. empti neben sie tritt. Hier befindet sich das Römische Recht eben noch in der Entwicklung; es ist das Princip der gegenseitigen Abhängigkeit der beiden Leistungen nur allmälig und teilweise anerkannt worden, die beiden Wege dazu, auf deren materiellrechtliches und historisches Verhältnis ich schon einmal hingewiesen habe,[1]) waren die aedilitischen Rechtsmittel und die auf die Ungiltigkeit des Kaufes gestützte condictio. Daß dieselbe als condictio indebiti angesehen wurde ist nicht notwendig, man konnte sie richtiger wol auch den condictiones ob injustam causam anreihen. In beiden Fällen dürfen wir annehmen, daß das richterliche Ermessen bei der Aestimation in der richtigen Weise verfahren und diese Ansprüche nicht wie die gewöhnliche condictio indebiti, sondern strenger behandelt haben wird.

Anwendung findet die eben gemachte Unterscheidung auch bei dem Vergleiche. Das transactionis causa Geleistete kann unter verschiedenen Umständen condicirt werden, aber der Anspruch ist nicht immer gleicher Art. Wurde geleistet in irriger Annahme einer Schuld aus einem Vergleich,[2]) so findet gewöhnliche cond. indebiti statt. Ist der Vergleich

---

[1]) S. meinen Error in substantia bes. S. 59 flg.

[2]) l. 23 pr. 12. 6.

wirklich geschlossen, ist er aber ungiltig nach besonderer gesetzlichen Vorschrift,[1]) so muß die Klage als cond. ob injustam c. bezeichnet werden. Die Unwirksamkeit des Vergleiches wegen Ermangelung der dabei gemachten Voraussetzungen[2]) würde ich auf stillschweigende Bedingung und entsprechende Rückgabebestimmung zurückführen, wovon Genaueres unten.

Hier, als bei der ersten Gelegenheit, sei der besonderen Gestaltung jener complicirten Fälle gedacht, wo die nicht geschuldete Leistung über Auftrag des vermeintlichen Gläubigers einem Dritten versprochen wird, wo aber der vermeintliche Gläubiger sogleich gegen den Dritten einen Rückforderungsanspruch auf die ihm verschaffte Forderung erwirbt.[3]) Auf diesen Rückforderungsanspruch — er mag aufzufassen sein als condictio indebiti,[4]) condictio ob injustam causam wegen übermäßiger Schenkung,[5]) condictio ob causam dotis datorum wegen Nichtabschluß der Ehe[6]) — kann sich auch der dem Dritten delegirte vermeintliche Schuldner berufen, er kann sich mit Rücksicht darauf durch Einrede schützen oder auf Befreiung von der übernommenen Schuld klagen. Da sonst die durch Anweisung entstehende Schuld unabhängig ist von dem innern Verhältnis zwischen dem Anweisenden und dem angewiesenen Schuldner, so liegt hier eine Ausnahmsbestimmung vor, deren Angemessenheit und Billigkeit kaum der Erwähnung bedarf. Es wird vermieden, daß eine Wertübertragung stattfindet, welche durch zwei weitere Processe müßte rückgängig gemacht werden, durch welche also zwei Personen Gefahr laufen, zu Gunsten eines ganz Unberechtigten Verlust zu erleiden. Die genauere Gestaltung des Verhältnisses ergibt die Erwägung, daß durch diese Ausnahmsbestimmung die normalen Ansprüche nicht beseitigt sind. Es kann also der vermeintliche Schuldner auch sogleich gegen den anweisenden Gläubiger mit der condictio indebiti sich wenden und letzterer ebenfalls den Dritten auf Erlaß der verschafften Forderung klagen. Sonach erscheinen der Schuldner und der Gläubiger als solidarisch gegen den Dritten berechtigt, der Anspruch des Gläubigers aber dem Schuldner kraft Gesetzes cedirt.

Ob diese Begünstigung dem Schuldner auch zukommt, wenn er nicht nur versprochen, sondern auch geleistet hat? Die Bejahung der Frage ist wol nicht so ganz selbstverständlich, da im ersten Falle noch überwiegendere

---

[1]) l. 23 § 1. 2 cit.

[2]) c. 42. II. 4.

[3]) S. Windscheid § 355. N. 9 flg. und bes. die breite Darstellung von Erxleben. I. S. 152 flg.

[4]) l. 2 § 4. 39. 5, l. 7 § 1. 44. 4.

[5]) l. 2 § 3. 39. 5, l. 7 pr. 44. 4.

[6]) l. 7 pr. 12. 4.

Gründe dafür sprechen; doch scheint mir gegen die Erweiterung der Bestimmung kein ernstlicher Grund vorzuliegen.[1])

Endlich sei auch des Satzes gedacht: poenae non solent repeti cum depensae sint.[2]) Soweit derselbe auf Proceßstrafen zu beziehen ist, bedarf er wol keiner Erklärung und Rechtfertigung. Der Anspruch war begründet, als er erfüllt wurde, darum gibt es keine Rückforderung. Und daß Beklagter die versäumte Proceßhandlung nicht nachtragen und dadurch den Anspruch zu einem unbegründeten machen kann, ist selbstverständlich. Aber unmöglich wäre es den Satz auf alle actiones poenales zu beziehen und bei ihnen die condictio indebiti schlechthin auszuschließen, auch wenn l. 23 § 4 ht. nicht vorhanden wäre.[3]) Denn hier wird ja ein wirklich unbegründeter Anspruch irrtümlich erfüllt. Der fragliche Satz ist also ungenau gefaßt.

2) Ohne Rechtspflicht ist ferner geleistet, wenn auf eine wirklich bestehende Schuld hin a) zu viel oder b) etwas anderes oder unter anderen Modalitäten geleistet wurde.

a) Bei der Zuvielleistung ist natürlich nur der Überschuß zurückzufordern, wenn eine Naturalteilung möglich ist, wie bei vertretbaren Sachen. Ist eine unteilbare Sache höheren Wertes geleistet, so tritt nicht etwa Rückforderung des Miteigentums nach der übersteigenden Wertquote ein, sondern es ist die ganze Sache zu restituiren gegen Lieferung einer anderen entsprechenden.[4])

Wenn bei einer Alternativobligation irrtümlich beide Objecte und zwar zu gleicher Zeit geleistet worden sind, so steht nach der von Justinian gebilligten Ansicht auch bei der Rückforderung dem Schuldner die Wahl zu.[5])

Wenn bei einer Alternativobligation zuerst ein Teil der einen, dann die ganze andere erfolgt, so sprechen die Quellen auch von condictio indebiti, doch muß man dabej die verschiedenen Möglichkeiten unterscheiden.[6]) Ist die erste Leistung irrtümlich in der Meinung erfolgt, die Schuld zu tilgen, so ist die conditio indebiti allerdings begründet, weil etwas anderes als geschuldet geliefert ist. Und zwar ist die Rückforderung an sich sofort

---

[1]) Erxleben. S. 171, Brinz II. S. 515.

[2]) l. 42 ht. l. 46. 50. 17. Beispiele: l. 35 ht., l. 3. § 14. 43. 5. Literatur: Windscheid, § 426. N. 17.

[3]) Si qua lex ab initio dupli vel quadrupli statuit actionem, dicendum est solutum ex falsa eius causa repeti posse.

[4]) l. 26 § 4. 5. ht.

[5]) c. 10. IV. 5. l. 26 § 13. ht. Ueber l. 19. de leg. II. s. Unger Erbr. S. 321.

[6]) l. 26 § 13 ht., l. 2 § 1. 45. 1, l. 34 pr. 46. 3. s. Windscheid § 427 N. 5.

begründet, nur steht dem Empfänger ein Retentionsrecht bis zur Befriedigung zu. Erfolgt aber die erste teilweise Leistung im Bewußtsein, daß damit die Schuld nicht getilgt wird, so kann von condictio indebiti keine Rede sein.[1]) Die Rückforderung beruht dann auf dem der ersten Leistung zu Grunde liegenden Willen der Parteien, was unten genauer erörtert werden muß.

Wieder begegnen wir einigen Fällen, wo die in den Quellen anerkannte condictio indebiti nicht auf dem derselben eigentlich zu Grunde liegenden Rechtssatz beruht. Sie ist hier vielmehr nur eine Aushilfe für die einem selbständigen Anspruch mangelnde actio. Es handelt sich in allen hierher gehörigen Fällen darum, daß der Leistende einen Gegenanspruch wider den Empfänger hat, welcher den Rechtsschutz erst allmälig erhält. Die Retention mittels exceptio doli ist dafür zwar anerkannt, eine selbständige Klage jedoch zweifelhaft. Da wird nun die condictio indebiti vermittelt durch die Vorstellung, daß durch die Leistung, die geschehen ist, ohne die Erfüllung des Gegenanspruchs abzuwarten, mehr als notwendig geleistet wurde.

Die beiden Puncte, daß es sich hier um einen selbständigen Anspruch handelt und daß derselbe ursprünglich keine actio besitzt, sind für einige der Fälle schon oben hervorgehoben worden. Nemlich für den Anspruch des Ehemannes und des Fiduciars auf Impensenersatz.[2]) Es ist dort betont worden, daß diese Verhältnisse rein obligatorische sind, daß hier der Anspruch auf Impensenersatz geradeso berechtigt ist, wie bei der act. contraria aus Commodat oder Depositum. Hier aber ist eine eigene act. contraria nicht anerkannt, ihre Stelle vertritt die condictio indebiti.

Bei den übrigen Fällen handelt es sich um Ansprüche, deren Realisirung zunächst durch Cautionen vermittelt wurde. Bei fast allen ähnlichen Ansprüchen hat schon das classische Recht im Notfall, wenn die Retention und Cautionsleistung versäumt war, eine actio gewährt. Meist, so auch in einem der vorliegenden Fälle, eine act. in factum.[3]) In unseren Fällen wird nun eine Condiction zugelassen.[4]) Wäre dieselbe gemeint einfach als Erfüllungsklage für den Anspruch auf Cautionsleistung oder directe auf Restitution — eine Auffassung, auf die wir zurückkommen —, so wäre

---

[1]) Dies allein hat Windscheid im Auge l. c. — Der Schuldner braucht jedenfalls die ganze Leistung nur gegen Herausgabe des zuerst Geleisteten zu machen. arg. l. 50. 46. 3.

[2]) l. 40 § 1 ht., l. 58—60. de leg. I., l. 5 § 2. 25. 1. — S. S. 85.

[3]) l. 9 § 4. 10 4., l. 1 § 17. 36. 3.

[4]) l. 39. 12. 6, l. 3 § 10. 35. 3, l. 21. 36. 1; l. 5 § 1. 7. 5, l. 7 pr. 7. 9. — l. 21 cit. enthält das Referat von Pompon über die ältere Ansicht von Aristo.

darüber nichts besonderes zu bemerken, es wäre ein specieller Anwendungsfall der Klagformel der Condictionen. Aber die Römischen Juristen scheinen gerade an die condictio indebiti, also an den derselben zu Grunde liegenden Rechtssatz gedacht zu haben. Und das muß ausdrücklich als unzulässig bezeichnet werden. Denn auch ohne die von condictio indebiti sprechenden Stellen müßte das gemeine Recht in den besprochenen Fällen die Ansprüche als klagbar und als vollkommen klagbar anerkennen. Die Erwähnung der condictio indebiti aber schränkt die Klagbarkeit auf die Fälle irrtümlicher Unterlassung der Retention ein, und beschränkt den Anspruch auf die Bereicherung, so daß er wegfiele, wenn das restaurirte Haus vor der Klage wieder zu Grunde ginge oder die zu Quasiususfruct gegebenen Sachen verloren würden. Aus diesen unzulässigen Consequenzen erhellt die Unnatürlichkeit der Römischen Construktion, sie erhellt ebenso auch aus der Erwägung, daß ja dann bei allen actiones contrariae, wo die Retention gewährt ist, die gleiche Construction zulässig wäre. Während doch feststeht, daß weder die Möglichkeit der Compensation noch der Retention die selbständige Klagbarkeit der Gegenansprüche hindert.[1]) Liegt nun kein Grund vor, gerade in unseren Fällen, nur eine verminderte Klagbarkeit zu gewähren, so müssen wir die conditio indebiti als eine historische Zufälligkeit hier fallen lassen.

Noch zweifelloser wird diese Auffassung bei zwei Fällen von Gegenansprüchen des Verkäufers. Er hat sich die Bestellung einer Servitut auf das verkaufte Haus ausbedungen, sie ist vor der Tradition noch nicht geschehen, oder er hat von der verkauften Erbschaft nicht die eigenen Forderungen gegen den Erblasser in Abzug gebracht; in beiden Fällen wird eine condictio indebiti gewährt.[2]) Es ist klar und im ersten Falle ausdrücklich bezeugt, daß auch die act. empti anwendbar ist, daß also einfach eine Erweiterung des Kaufanspruches vorliegt.[3]) Es kann also von einer Beschränkung des Anspruchs auf die Voraussetzungen und den Erfolg der condictio indebiti nicht die Rede sein.

Eine Zuvielleistung und daher eine Rückforderung könnte man auch dort annehmen, wo der Schuldner der gerichtlichen Eintreibung durch eine Einrede hätte in gewissem Umfange entgehen können, wenn auch seine Verpflichtung an sich vollkommen bestehen blieb. Doch ist die Unzulässigkeit der Rückforderung in zwei der einschlagenden Fälle ausdrücklich bezeugt. Nämlich der Schuldner, der die Einrede des Notbedarfs hätte vorschützen können, und der Bürge, der das ganze gezahlt, hat, obwol er sich auf das beneficium divisionis hätte berufen können, haben trotz vorhandenen Irr-

[1]) S. z B. l. 18 § 4. 13. 6.
[2]) l. 22 § 1, l. 45 ht.
[3]) l. 35. 8. 2, l. 8 pr. 19. 1.

tums keine condictio indebiti.[1]) Zweifelhaft aber ist die Sache in einem dritten Falle, dem der exceptio non adimpleti contractus. Ich glaube indeß, daß auch hier eine condictio indebiti nicht möglich ist. Die scheinbar entgegengesetzten Stellen sind oben erwähnt worden.[2])

Man muß zugeben, daß in allen drei Fällen der Gläubiger den Vorteil der sofortigen Erfüllung erhält, den er durch Klage nicht hätte erzwingen können, sowie daß das Recht die dem Schuldner gewährte Begünstigung in der Eintreibung der Forderung hätte weiter ausdehnen und ihm auch die Rückforderung hätte gestatten können.[3]) Warum es nur die geringere Begünstigung gewährt hat, das müßte sich aus dem Zweck der vorliegenden Bestimmungen erklären, aber gewiß liegen die Gründe dafür nicht in der Natur der condictio indebiti, so wenig wie die entgegengesetzte Entscheidung die Natur dieser Klage beeinflussen würde.

b) Als Beispiele der Fälle, wo etwas anderes oder unter anderen Modalitäten geleistet wird, sind folgende Quellenentscheidungen anzusehen.

Leistung in der Meinung, eine bestimmte Sache zu schulden, während die Obligation eine alternative oder generelle ist.[4]) Leistung an einem anderen Orte,[5]) Erfüllung einer bedingten Obligation vor Eintritt der Bedingung.[6])

Die Rückforderung ist jedoch versagt bei Leistung einer betagten Schuld vor Verfall, sowie bei einer bedingten dann, wenn der Eintritt der Bedingung gewiß ist, dieselbe also nur als Befristung wirkt.[5]) Es fragt sich aber, wie diese Entscheidung zu erklären ist? Dazu genügt es natürlich nicht, wenn l. 10 cit. sagt:

> in diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.

Und ebensowenig, wenn man auf allgemeine Sprüche hinweist, wie: creditor suum recepit, dolo facit, qui petit e. c. Denn offenbar liegt in der vorzeitigen Leistung ein Zuviel gegenüber der rechtzeitigen, und zwar besteht dieses Zuviel in dem Vorteil der factischen Innehabung, deren Wert nach bekannten Grundsätzen als Interusurium bezeichnet und berechnet wird. Wenn nun die Rückforderung dieses ganz realen Vorteils versagt wird, so muß doch ein besonderer Grund dafür vorhanden sein. Da man nun einen solchen nicht abzusehen vermag, hat man fast allgemein

---

[1]) l. 8. 9 ht., l. 49 § 1. 46. 1, J. III. 20 § 4, vgl. Erxleben I. S. 108 flg.

[2]) S. Windscheid § 321 N. 10a.

[3]) vgl. l. 49. § 1.: severior et utilior est illa sententia solutionem non indebitae quantitatis non debere revocari.

[4]) l. 19 § 3, l. 32 § 3 ht.

[5]) l. 27 ht.

[6]) l. 16. 18. 48. 56 ht.

die Aussprüche der Quellen dahin eingeschränkt, daß zwar nicht die Naturalrestitution, wol aber das Interusurium von dem Empfänger gefordert werden dürfe.[1]) Und ich glaube, daß diese den Umständen völlig entsprechende Entscheidung trotz des Schweigens der Quellen acceptirt werden muß. Ja sollte sie von den Römern nicht nur zufällig verschwiegen, sondern wirklich nicht anerkannt worden sein, so müßte sie doch als eine feinere Ausführung der allgemeinen Regeln aufrecht erhalten werden.

Doch auch so bleibt der Umfang der Rückforderung noch in etwas beschränkt, indem die faktische Rückgabe des Geleisteten nicht gefordert werden kann, und es erhebt sich daher nochmals die Frage nach dem Grunde dieser Bestimmung. Die Antwort ergibt sich leicht, wenn man zwei weitere Fälle in Betracht zieht, wo die gleiche Bestimmung platzgreift.

Der erste betrifft die Rückforderung unverschuldet gezahlter Zinsen. Es ist dabei gleichgiltig, aus welchem Anlaß die Zinsen nicht geschuldet waren, ob gar keine Capitalforderung bestand, oder ob die Zinsforderung gar nicht entstanden war oder doch den gesetzlichen Regeln nicht entsprach. Der Gläubiger darf die nicht geschuldeten Zinsen nicht behalten, aber er braucht sie nicht in Natur herauszugeben, sondern sie werden auf das Capital abgerechnet. Nur wenn keine Capitalschuld mehr besteht oder das Gezahlte dieselbe übersteigt, ist dasselbe direct herauszugeben. Diese Gestaltung ergibt sich unzweideutig aus den Quellen, so daß es genügt, auf die verschiedenen überzeugenden Darstellungen dieses Punktes hinzuweisen.[2]) Hier also behält ebenfalls der Gläubiger das Gezahlte, obwol der Schuldner nicht die Absicht hatte, die Capitalschuld zu tilgen.

Endlich steht dem Gläubiger, welcher auf seine Forderung etwas Unrichtiges erhalten hat, an dem Erhaltenen ein Retentionsrecht zu bis zur wirklichen Erfüllung. Auch hier also kann der Schuldner die Innehabung des einmal Geleisteten nicht sofort zurückfordern.[3])

---

[1]) Nach Erxleben's Ausführung I. S. 98 flg., Witte, S. 68 Anm., Vangerow § 625. I. d., Windscheid § 426 N. 8. — l. 88 § 5. de leg. II. spricht von wissentlicher Vorauszahlung.

[2]) Witte S. 69 flg., Voigt S. 647, Vangerow § 76 Anm. 2 N. 3. Windscheid, § 261 i. f., Sintenis, § 87 N. 58. S. l. 26 pr. § 1. 2 ht., l. 5 § 2, l. 102 § 3. 46. 3, c. 3, c. 18. IV. 32. Paul. S. R. II. 14 § 2. 4. — Wenn auch der Inhalt des Justinianischen Rechtes, ist doch die Entwicklung der Lehre nicht ganz klar. Daß Streit stattfand, zeigt c. 18 cit. Unaufgeklärt bleibt die Stelle aus Paulus S. R., weil sie dem in l. 26 cit. erwähnten Rescripte von Severus zu widersprechen scheint, und doch nach demselben geschrieben ist. Vgl. Fitting, Alter d. Schriften d. R. Juristen. S. 48.

[3]) l. 23 § 1, l. 26 § 4. 12. 6, l. 2 § 1. 45. 1. — verb.: aut in pendenti est, donec alius detur. — Auch l. 63 ht. dürfte auf dieses Retentionsrecht zu beziehen sein.

Hält man diese drei Entscheidungen zusammen, so muß man darin den Ausdruck der noch nicht beachteten Regel finden, daß der Gläubiger an dem von dem wahren Schuldner Erhaltenen, wenn es nicht zur Erfüllung tauglich ist, ein Retentionsrecht erwirbt,[1]) daß daher durch dasselbe die condictio indebiti beschränkt wird. Der Grund dieser Beschränkung liegt wol auf der Hand. Durch die unrichtige Leistung kann sich die Stellung des Gläubigers leicht verschlechtert haben, er hat vielleicht Bürgen oder Pfänder entlassen, sich eines Beweismittels begeben oder, was das wichtigste ist, die richtige Zeit für die Eintreibung seiner Forderung versäumt. Es ist daher eine billige Rücksicht, wenn er sich die Realisirung seines Anspruchs durch Retention des irrtümlich Erhaltenen einigermaßen sichern darf.

3) In die dritte Gruppe haben wir die Fälle gestellt, wo a) an einen anderen als den wahren Gläubiger, b) von einem anderen als dem wahren Schuldner geleistet wird. Damit werden wir aber auch die Besprechung derjenigen Fälle verbinden, wo eine irrtümlich vorausgesetzte Obligation einem anderen oder von einem andern als den vermeintlichen Gläubiger oder Schuldner bezahlt wird. Und der besonderen Bestimmung wird am besten hier zu gedenken sein, welche zuweilen dort eintritt, wo die vermeintlich geschuldete Leistung über Auftrag des vermeintlichen Gläubigers einem Dritten versprochen oder gemacht wird.

a) Wird eine wirklich geschuldete Leistung nicht dem Gläubiger, sondern einer andern Person gemacht, so bleibt natürlich die Forderung des Gläubigers unerfüllt, der Dritte aber ist grundlos bereichert und muß das Erhaltene dem Geber restituiren.[2]) Von dieser einfachen Gestaltung kann eine Ausnahme gemacht werden, wenn zwischen dem Gläubiger und dem dritten Empfänger, oder zwischen Gläubiger und Schuldner ein besonderes Verhältnis besteht.

Das ist erstens der Fall, wenn eine Erbschaftsschuld dem Erbschaftsbesitzer bezahlt wurde. Hier kann der letztere das Empfangene dem wahren Erben bei Herausgabe der Erbschaft zu Gute rechnen, und dadurch wird die Erbschaftsschuld getilgt und auch die condictio indebiti gegen den Erbschaftsbesitzer beseitigt.[3]) Ob sich der von dem wahren Erben vor Austragung der Erbschaftsfrage belangte Schuldner auf die dem Erbschaftsbesitzer geleistete Zahlung berufen kann, hängt davon ab, welche Ausdehnung der

---

[1]) So allgemein auch Erxleben II. S. 206. — Die Abhandlungen über das Retentionsrecht kennen diesen Fall nicht.

[2]) Beiläufig bezeugt in l. 31 pr. 5. 3. —

[3]) l. 25 § 17 i. f., l. 31 § 5. 5. 3, s. auch Zimmermann. Echte und Unechte N. G. S. 57 flg. — Daß der Erbe die Herausgabe des Erhaltenen fordern kann, interessirt uns nicht.

Präjudicialeinrede zuzuerkennen ist.[1]) Grund für die Zulassung der Einrede wäre allerdings vorhanden, da die Verpflichtung des Erbschaftsbesitzers der condictio indebiti gegenüber eine weitergehende wäre, als der Erbschaftsklage gegenüber, was unten näher darzulegen sein wird.

Eine Ausnahme kann zweitens stattfinden, wenn an einen Dritten geleistet wird in der Annahme, daß diese Leistung dem Willen des wahren Gläubigers gemäß sei. Hier kann zunächst der Gläubiger die geschehene Leistung ratihabiren, so daß wirklich Befreiung eintritt und deshalb die condictio indebiti wegfällt.[2])

Es kann aber ferner sein, daß der Schuldner berechtigt war, die Leistung für dem Willen des Gläubigers entsprechend zu halten, daß daher der letztere obligatorisch verpflichtet ist, dieselbe als giltige Zahlung anzuerkennen, wenn der Schuldner seinen eventuellen Anspruch gegen den Empfänger ihm cedirt. Fälle dieser Art liegen vor, wo dem Bevollmächtigten des Gläubigers die Vollmacht ohne Wissen des Gläubigers entzogen ist,[3]) wo aus Contracten, die ein Sclave geschlossen hat, diesem geleistet wird, nachdem er freigelassen oder flüchtig geworden ist[4]) oder wo aus solchem Contract dem redlichen Besitzer des Sclaven geleistet wird, obwol die entstandene Obligation dem wahren Eigentümer des Sclaven gebührt.[5])

Besonders wichtig aber ist, daß auch eine directe Klage des Gläubigers wider den Empfänger statuirt wird, wenn derselbe ein Freier ist. Die Bezeichnung und Construction dieser Klage kann von verschiedenem Standpunkt aus geschehen. Wenn der Empfänger in mala fide ist, hat man gewiß die Möglichkeit, eine a. neg. gest. zu statuiren, arg. l. 6 § 3. 3. 5.[6])

L. 18. 46. 3. gibt actio furti, offenbar, weil trotz des animus furendi Eigentumserwerb des Gläubigers angenommen wird. Aber bei Redlichkeit des Empfängers, die im Falle des freigelassenen Sclaven und des Besitzers des contrahirenden Sclaven vorliegen kann, ist die Klage des Gläubigers entweder als die kraft Gesetzes übergegangene Klage des Gebers, welche entweder die condictio furtiva oder die condictio indebiti

[1]) Auf Erörterung dieser zweifelhaften Frage kann natürlich nicht eingegangen werden.

[2]) l. 23. 3. 5, l. 55. 12. 6, l. 12 § 4, l. 34 § 4. 6. 46. 3, l. 46 pr. 23. 3. — Daß dies nicht der Fall sein kann, wo dem Dritten geleistet wird in seinem Namen, hebt richtig hervor Zimmermann a. a. O.

[3]) l. 12 § 2, l. 34 § 3, l. 38 § 1. 46. 3. — Ob und wann ähnliches bei Zahlung an den Tutor stattfindet, kann unerwähnt bleiben, s. z. B. l. 14 § 1—4. 46. 3.

[4]) l. 18, l. 19 (Pompon) 46. 3. — l. 34 § 5 (Julian) cit. scheint allerdings der letzteren Stelle zu widersprechen, doch dürfte die Ansicht Pompon's als die recipirte anzusehen sein.

[5]) l. 31 § 1. 12. 1, l. 22 § 9. 17. 1, l. 24 § 1. 19. 1, s. darüber oben.

[6]) Vgl. Zimmermann a. a. O. S. 27 flg.

sein kann, anzusehen, also hier von „fingirter Cession" sprechen. Lieber aber möchte ich eine Bereicherung aus fremder Forderung annehmen, also einen besonderen Fall der act. neg. gest. utilis. Die Bereicherung ist zwar keine definitive, weil der Schuldner die Leistung condiciren kann, sie liegt aber schon in dem vorläufigen Haben des Geleisteten. Und daß die Bereicherung aus der fremden Forderung stammt, ergibt sich daraus, daß ja der Schuldner von der Klage des Gläubigers ohne weitere Zahlung befreit ist. Das Nähere über diese Klage und ihr Verhältnis zu der Condictio indebiti des Gebers ist schon oben S. 79 bemerkt worden.

Wurde eine irrtümlich angenommene Schuld an einen andern als den vermeintlichen Gläubiger gezahlt, so gilt hier ebenfalls für die gewöhnlichen Fälle die Regel, daß die condictio indebiti sich nur gegen den Empfänger richtet, der vermeintliche Gläubiger durch das ganze Verhältnis nicht berührt wird.[1])

Auch hier bewirkt das Verhältnis zwischen dem Empfänger und dem Gläubiger einige Modificationen. Wurde die Zahlung im Namen des vermeintlichen Gläubigers empfangen, so kann derselbe die vorläufige Herausgabe des Gezahlten fordern, also die Annahme ratihabiren, haftet aber dann selbst der condictio indebiti. Der Erbe kann dies jedoch von dem Erbschaftsbesitzer nicht fordern.[2])

b) Wenn die einem Gläubiger wirklich zustehende Forderung irrtümlich von einem andern als dem eigentlichen Schuldner erfüllt wird, so steht die condictio indebiti zu und die wirkliche Obligation bleibt unberührt. Denn die beiderseitige persönliche Beziehung ist jeder Obligation wesentlich, und wenn auch der Gläubiger nicht mehr erhält als er beanspruchen kann, so erhält er es doch von einem Nichtverpflichteten, auf dessen Seite alle Requisiten der Rückforderung vorliegen.

Dabei ist zu betonen, daß der Leistende die Schuld als eigene erfüllt haben muß. Erfolgt die Leistung in dem Bewußtsein, nicht selbst Schuldner zu sein, also in fremdem Namen, so können natürlich irrig vorausgesetzte persönliche Beziehungen des Gebers keine Rückforderung begründen. Es fehlt eben hier das entscheidende Moment, die Leistung unter dem Drucke einer Rechtspflicht.

Diese Unterscheidung wird besonders wichtig bei Erbschaftsverhältnissen. Der Erbschaftsbesitzer, der eine Erbschaftsschuld erfüllt hat, kann einerseits auf die ihm zustehende condictio indebiti verzichten und dadurch den Erben von derselben definitiv befreien; anderseits aber die gemachte Leistung von dem Erben durch Aufrechnung oder durch a. neg. gest. utilis

---

[1]) Diesen Fall betrifft l. 66 pr. 36. 1, worüber s. Beilage I.
[2]) l. 22. 3. 5, l. 20 § 18 i. f. 5. 3.

wiedererlangen. Und er ist auf den letzteren Weg dann notwendig gewiesen, wenn er die *condictio indebiti* gar nicht anstellen kann. Daher ist hier immer die Frage von Wichtigkeit, ob der Erbschaftsprätendent im eigenen Namen zahlt, also mit Rücksicht auf den Umstand, daß er persönlich rechtlich verpflichtet ist, oder aber im Namen des Erblassers, ohne Rücksicht auf seine Erbenqualität. Denn im ersten Falle hat er die condictio indebiti, wenn ihm die Erbschaft entzogen wird, im zweiten nicht. Man bezeichnet den zweiten Fall als Zahlung hereditario nomine, und meint damit Zahlung für den etwaigen Erben ohne Behauptung und Voraussetzung, es selbst zu sein.

Bei dieser Auffassung scheint der Fall allerdings als ein seltener angesehen werden zu können, denn wer wird im Namen der eventuellen Erben schlechthin zahlen, wo er durch Zahlung im eigenen Namen sich die condictio indebiti sichern kann.

Anders stellt sich die Sache bei unserer Auffassung, wenn wir noch folgendes dabei beachten. Der Gläubiger ist verpflichtet, die Erfüllung von Jedem anzunehmen, wenn ihm dieselbe vollständig geboten wird. Aber mit dem letzteren Punkt ist es auch ganz genau zu nehmen, wie immer mehr anerkannt wird.[1]) Zu den Interessen des Gläubigers gehört nun auch, nicht von einem andern Erfüllung so zu erhalten, daß Rückforderung möglich wäre, da inzwischen die Forderung gegen den wahren Schuldner uneinbringlich oder gar verjährt werden könnte. Wenn daher die Person des Schuldners überhaupt zweifelhaft ist, wie eben bei Erbfall, so fragt es sich, ob Gläubiger von jedem, der Erbe zu sein behauptet, in eigenem Namen Erfüllung annehmen, also die Nachteile aus der Unsicherheit der persönlichen Beziehungen auf sich nehmen muß? Ich glaube, daß das Römische Recht dies verneint und dem Gläubiger gestattet hat, nur eine Zahlung hereditario nomine anzunehmen. Dafür spricht die processuale Gestaltung. Der Gläubiger kann den präsumptiven Erben in jure befragen und die Antwort bindet denselben, so daß also der Zweifel der persönlichen Beziehung für den Proceß unschädlich gemacht wird. Verweigert der vermeintliche Erbe die Antwort, oder will Gläubiger sich auf die Befragung nicht einlassen, so steht ihm auch das Ansuchen um missio in bona offen, welche unter der Bedingung erteilt wird si heres non extat. Den Beweis für die Nichterfüllung dieser Bedingung kann der Praetar unmöglich von dem Kläger verlangt haben, sondern der Erbe, der die missio vermeiden wollte, mußte dartun, daß ein Erbe vorhanden war.

Die gleiche Gestaltung müssen wir nun annehmen für den Fall, wo Jemand unter dem Vorgeben, Erbe zu sein, Erfüllung anbot; die Rechts-

---

[1]) S. Windscheid, II. § 342. N. 24. 25. Sintenis. II. § 103 N. 37.

mittel werden nicht ausgeschlossen, der Gläubiger nicht in Verzug gesetzt, wenn der Zahlende nicht das Behalten des Angebotenen unabhängig von seiner Passivlegitimation stellt, also hereditario nomine anbietet. Der Gläubiger kann also die Zahlung vom Erben suo nomine acceptiren, aber er braucht das nicht zu tun. Die Römer scheinen schließlich in einer Richtung noch weiter gegangen zu sein, indem sie meinen, daß bei Hingabe von Erbschaftssachen die Rückforderung schlechthin ausgeschlossen ist, so daß also nur bei Hingabe eigener Sachen die Frage nach der c. indebiti entstehen kann. Beweisend ist l. 9 § 2. 3. 35. 1. (Paulus l. 75 ad. Ed.), wenn hier noch zweifelnd der bedeutende Unterschied der Hingabe einer Erbschaft und einer eigenen Sache des Besitzers betont wird. Ferner c. 5. III. 31, welche zwar so allgemein zu nehmen ist, wie sie lautet, und doch mit den übrigen Stellen nach unserer Auffassung nicht in Widerspruch steht, da sie eben von Erbschaftssachen spricht. Endlich wird in l. 31 § 1. 5. 3. (Ulpian) ersichtlich, die cond. indebiti des gutgläubigen Besitzers als ein Ausnahmefall angesehen: nisi forte ... finge enim — suo nomine solvisse. Diese Entscheidungen weisen mindestens darauf hin, daß bei Erbschaftssachen die Vermutung für Leistung hereditario nomine spricht.

Die letzte Möglichkeit ist die, daß eine nicht bestehende Schuld von einem anderen als dem vermeintlichen Gläubiger erfüllt wird. Daß hier die condictio indebiti stattfindet, liegt schon in dem angenommenen Nichtbestehen der Schuld, die Frage ist aber, wem sie zusteht. Die Antwort unterliegt keinem Zweifel in dem seltenen Falle, wo sowol über die persönliche Beziehung, als auch über das Bestehen der Schuld Irrtum besteht, wo also der Geber im eigenen Namen die scheinbar einen andern treffende Schuld tilgt. Condiciren kann nur der Geber, es kann ja unmöglich einen Einfluß haben, daß nebenher zeitweilig der Schein besteht, ein Dritter sei der wirkliche Schuldner.[1])

Verschiedene Ansichten bestehen, wo im Namen eines andern die denselben vermeintlich treffende Schuld getilgt wird. Während die herrschende Ansicht und die neuesten Schriftsteller die Klage dem Geber zusprechen, gibt Ihering und einige ihm folgende dieselbe dem vermeintlichen Schuldner.[2]) Nach Lage der Quellen haben beide Ansichten Anhalt, erledigen aber keineswegs die Aussprüche in glatter Weise. Ich glaube, daß hier die Analogie der oben besprochenen Fälle entscheiden muß, wo zur Erfüllung einer Nichtschuld ein vermeintlicher Schuldner delegirt wird. Es ist hier also dieselbe Ordnung anzuerkennen, die uns schon zweimal begegnete. Nämlich

[1]) In l. 17. 5. 3. wird in einem solchen Falle, wo nämlich der Erbschaftsbesitzer Legate gezahlt hat, die sich nachträglich als ungiltig erwiesen, dem Geber auch gestattet, die Zahlung gegen Cession der c. indebiti anzurechnen.

[2]) S. die Literatur bei Schloßmann in Grünhuts Ztschr. IX. S. 553 flg.

die Klage steht beiden zu, dem Geber und dem, in dessen Namen gegeben ist, sie sind Solidargläubiger, die beiden Klagen stehen in electiver Concurrenz.[1]) Das Verhältnis zwischen dem Geber und dem Vertretenen ist nach Umständen ein verschiedenes, wie Schloßmann richtig ausführt, hat aber auf die Condictio keinen directen Einfluß.

Daß diese Anordnung die einzig practische ist, bedarf wenig Worte, es muß dem Empfänger unter allen Umständen und ohne daß ihm die Berufung auf das interne Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenen zustünde, das Empfangene entzogen werden. Das ist nur möglich, wenn jeder für sich klagberechtigt ist. Es wäre widersinnig und ist unerwiesen, daß der Vertreter „Versagung der Ratihabition" nachweisen müßte, wie Schloßmann S. 559 will. Durch den Nachweis der Nichtschuld ist ja die Überschreitung des Mandates dargetan, der Vertreter daher selbst und allein berechtigt.

Was die Quellen betrifft, so spricht l. 18. 13. 1. direct für unsere Ansicht, da sie beiden Personen eine Condictio in electiver Concurrenz zuspricht, wobei es keinen Unterschied machen kann, daß wissentlicher Empfang, also die strengere condictio furtiva vorausgesetzt ist. Die scheinbaren Widersprüche der andern Stellen erklären sich daraus, daß in denselben auf das innere Verhältnis von Vertreter und Vertretenem Rücksicht genommen wird, und daß dasselbe ein verschiedenes ist, daher bald der eine, bald der andere die Gefahr der condictio indebiti auf sich nehmen muß.

> L. 6. pr. 12. 6.: si procurator tuus indebitum solverit et tu actionem non habeas,

setzt voraus, daß der Geschäftsherr nicht verpflichtet ist, die Handlung des Procurator anzuerkennen und den Schaden desselben zu tragen. Während l. 47 eod. den Fall ausdrücklich so stellt, daß der die Nichtschuld zahlende Bürge die act. mandati hat, daher sich mit der Condicirung nicht zu befassen braucht.

Ebenso steht es mit l. 57 pr., l. 67 § 1. 12. 6, die erste Stelle gibt die Condiction dem Mündel, da sie ein Wertobject ist, natürlich muß der Vormund für den etwaigen Verlust aus seiner voreiligen Zahlung einstehen. Nach der zweiten Stelle hat der Praetor die Klageund, wir fügen als selbstverständlich hinzu, er hat sie nach Befriedigung des Pupillen allein.

L. 6 § 3. 12. 6. spricht gar nicht von unserm Falle, wie Schloßmann S. 557 gut ausführt; c. 6. IV. 5 gibt den Thatbestand offenbar unvollständig und ist mit jeder Ansicht schwer zu vereinen.

---

[1]) l. 18. 13. 1. — Vgl. S. 79. 110. 114.

In Anschluß an diese Fälle sei einiger in den Quellen nicht entschiedener Fragen aus dem Pfandrecht gedacht. Steht eine condictio indebiti dem Nachpfandgläubiger oder dem dritten Pfandbesitzer zu, wenn sie die Pfandforderung getilgt haben im Irrtum, entweder über das Recht des Empfängers, oder über die eigene Lage? Die Antwort auf diese Frage ist ganz zutreffend gegeben worden von Dernburg[1]), dessen Bemerkungen ich hier nur durch Hinweis auf das Vorstehende zu ergänzen habe.

Wenn der Nachhypothekar dem vermeintlichen Vorhypothekar offerirt, so liegt darin einfach die Bezahlung einer fremden Schuld, die nur mit dem besondern Vorteile der Succession ausgestattet ist.[2]) Für die Zahlung gelten nur einfach die aufgestellten Regeln. Der Gläubiger braucht sie, wenn sie auch nicht in Vertretung des Schuldners angeboten wird, nur auf den Namen desselben zu acceptiren, so daß also die irrige Annahme eigener persönlicher Verhältnisse des Zahlenden nicht in Betracht kommen. Also ob er Nachhypothekar ist oder nicht, ist gleichgiltig, er hat nur a. neg. gest. gegen Schuldner, nicht condictio indebiti. Die gleiche Erwägung gilt für den Fall, daß das vermutete Pfandrecht nicht bestehen sollte. Die pfandrechtliche Succession zu erlangen, den Pfandbesitz zu sichern, ist wol der Zweck und das Motiv der Zahlung, aber gezahlt wird doch der obligatorische Anspruch u. zw. wie notwendig ohne allen Vorbehalt, auf Gefahr des Zahlenden.[3]) Wenn er also die bestehende aber nicht pfandgesicherte Forderung tilgt, so verbessert er seine Nachhypothek nicht und hat nur a. neg. gest. gegen den befreiten Schuldner. Bestünde freilich die Schuld gar nicht, so hätte der Zahlende die c. indebiti, die wir zuletzt erörtert haben.

Das gleiche Verhältnis findet sich bei der Zahlung, die der Pfandbesitzer behufs Vermeidung der Pfandentziehung leistet. Er hat zwar das Privileg, die Klagcession für die Zahlung begehren zu dürfen, allein abgesehen davon steht er dem Anspruch des Gläubigers wie jeder Dritte gegenüber. Der Pfandanspruch kann nur abgewehrt werden wenn seine Wurzel, der obligatorische Anspruch beseitigt wird, und dazu genügt nur volle, vorbehaltlose Leistung. Also irrige Annahme Besitzer des Pfandobjects zu sein oder irrige Annahme des klägerischen Pfandrechts oder des ersten Ranges desselben, macht nichts aus, genügt nicht zur Begründung

---

[1]) Pfandrecht. 2. S. 327, 328, 368 flg. — Entgegengesetzter Ansicht durchaus Schlayer. Arch. f. civ. R. 49. S. 108 flg., aber ohne jeden Grund.

[2]) So treffend Dernburg a. a. O.

[3]) „Nicht haltbar wäre die Behauptung, Debitor habe unter Bedingung der Existenz der Vorhypothek gezahlt; der Gläubiger war nicht gehalten eine bedingte Zahlung zu acceptiren.“ Dernburg a. a. O.

der Rückforderung. Der Besitzer kann den Beweis des Pfandrechts abwarten, aber wenn er zahlt, thut er es auf eigene Gefahr.

Aber Nichtbestehen der getilgten Forderung gibt natürlich die c. indebiti so als wenn der Schuldner selbst gezahlt hätte.[1])

Endlich können wir aus dem Angeführten noch den Schluß ziehen, daß die c. ind. nicht nur gegenüber obligatorischen Ansprüchen stattfindet. Daß die erbrechtlichen keine besondere Classe ausmachen, sondern entweder dingliche oder persönliche Ansprüche sind, und nur in gewissen Fällen beide Functionen in einer actio vereinen, — das darf wol als sicher behauptet werden.[2]) Es fragt sich also nur, ob bei irrtümlicher Erfüllung dinglicher Ansprüche condictio indebiti stattfindet?[3])

Bezeugt ist sie hier nicht. Denn in l. 7 § 1. 7. 9, l. 3 § 10. 35. 5, auf welche Windscheid sich beruft, liegt ein obligatorischer Gegenanspruch auf Cautionsleistung vor, der nur aus historischen Gründen in die Form unserer Condiction gekleidet ist.

Anwendbar aber könnte die Condiction in folgendem Falle sein: Auf Grund des behaupteten Eigentums wird irrtümlich eine andere Sache restituirt. Das Eigentum geht nicht über mangels Traditionsabsicht, also bleibt rei vindicatio oder actio publiciana offen. Fällt aber diese Klage weg, so kann der unverschuldet übertragene Besitz oder die daraus resultirende Bereicherung nach den Regeln der condictio indebiti gefordert werden. Ganz gleich aber ist auch der andere Fall, daß der behauptete Eigentumsanspruch nicht besteht. Hier also wäre die condictio indebiti von Wichtigkeit und ich finde keinen Grund, warum das Recht sie versagen sollte.

III. Ausnahmen von der condictio indebiti.

Die condictio indebiti ist in einer großen Zahl von Fällen ausgeschlossen. Die Constatirung dieser Fälle macht keine großen Schwierigkeiten und es wird sich in dieser Richtung wenig nachtragen lassen. Wol aber fehlt für die Frage, warum hier überall eine Beschränkung der Rückforderung eintritt, eine befriedigende Beantwortung. Doch scheint eine solche leider überhaupt nicht mit annähernder Gewißheit zu erlangen zu sein. Die hier entwickelte Auffassung geht dahin, daß die fraglichen Ent-

---

[1]) Ungenau scheint es, wenn Dernburg die Begründung ganz auf die Klagecession basirt und den Gesichtspunkt der Eviction herbeizieht. a. a. O. S. 368.

[2]) Brinz. II. § 304 N. 6 — So ist der Erbteilungsanspruch l. 10. § 3. 5 3. — ein obligatorischer.

[3]) Bejaht von Windscheid § 426. N. 2.

scheidungen nicht mit Notwendigkeit aus der Natur des Rechtsverhältnisses zu begründen, sondern auf processuale oder historische Momente zurückzuführen sind.

1) Die condictio indebiti ist ausgeschlossen in den Fällen, ubi lis infitiando crescit in duplum. Diese Regel galt im classischen Recht und wird von den Institutionen wiederholt mit der Bemerkung, daß sie schon bei den veteres galt.[1]) Der Umfang der Regel hängt also von der processualen Vorschrift] der Litiscrecenz ab. Im classischen Recht sind vier Fälle bezeugt bei Gai. IV. 9. 17. 1:

> reo infitiante ex quibusdam causis dupli actio constituitur, veluti si judicati aut depensi aut damni injuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur.

Im justinianischen Recht ist der zweite Fall obsolet geworden und in dem ersten, der actio judicati, die Steigerung auf das Doppelte weggefallen. Doch ist hier der Ausschluß der Rückforderung beibehalten. daher die Regel entsprechend zu ergänzen. Die Institutionen erwähnen noch einen neuen Fall, das Depositum in Notfällen, doch tritt hier die Strafe des Doppelten nicht schon durch Bestreiten des Anspruchs, sondern erst durch Nichterfüllung bis zum Urteil ein, weshalb Versagung der Rückforderung nicht Statt hat.[2])

Wäre es notwendig die Begründung unserer Regel in materiellrechtlichen Erwägungen zu suchen, so müßte man wol mit der von mehreren Schriftstellern vertretenen Ansicht sich begnügen, daß die Zahlung hier in Vergleichsabsicht, um die Gefahr des Processes ums Doppelte zu vermeiden, erfolge, daß diese Absicht wenigstens präsumirt werde.[3])

Doch es liegt zu nahe die Versagung der Rückforderung auf processuale Gründe zurückzuführen. Mit der Regel, daß über gewisse Ansprüche nur sub poena dupli processirt werden dürfe, würde die Gestattung der einfachen condictio indebiti scheinbar in directem Widerspruche stehen. Denn es wird ja bei der gerichtlichen Rückforderung des irrtümlich Geleisteten über denselben Anspruch entschieden, dem jene Regel das Proceßprivilegium der Litiscrescenz gewährt. Der Schuldner hätte also die Möglichkeit, jene Regel zu umgehen. Sonach müßte die consequente Festhaltung dieses Proceßprivilegs notwendig zur Verweigerung der con-

---

[1]) c. 4. IV. 5. J. III. 27. § 7, a contrario l. 23 § 4 ht. S. Keller. R. Civ. Pr. § 58 N. 1.

[2]) J. IV. 6 § 23. 26. S. Rudorff, Ztschr. f. Rechtsgeschichte XIV. S. 457 flg. Windscheid §. 378. N. 13.

[3]) Huschke. Ztschr. f. geschichtl. Rechtsw. XIII. S. 274. Vangerow. § 625 I. i. f. Sintenis. § 109 N. 46 i. f. Witte. S. 94.

dictio indebiti führen.[1]) Diese Argumentation würde vollständig genügen, wenn ihr nicht folgendes Bedenken entgegenstünde. In dem Rückforderungsproceß ist nemlich die Stellung der Parteien eine wesentlich andere, als in dem Hauptproceß. Der Gläubiger braucht nicht mehr den Beweis seiner Forderung zu erbringen, ist daher so günstig gestellt, daß es nicht mehr nötig ist, die Vorteile der Litiscrescenz ihm ängstlich zu wahren. Man könnte also eine solche Umgehung der Regel ohneweiters gestatten.

Das erwähnte Bedenken wäre zwar am Platze, wenn es sich um eine völlig frei schaltende Gesetzgebung handeln würde, aber der historischen Entwickelung des Römischen Rechts gegenüber verliert es seine Kraft. Die Litiscrescenz war eine alte gesetzliche Einrichtung, die condictio indebiti wurde erst spät durch die Theorie der Juristen geschaffen. Kann es da irgend bedenklich erscheinen, wenn der Widerspruch der beiden Institute nicht durch die, wenn auch nur scheinbar und nach subtiler Erwägung ihres Zweckes und Wertes, gerechtfertigte Beschränkung der älteren Regel gelöst wurde, sondern eben durch die Beschränkung der neu aufgestellten? Ich glaube also bei der dargelegten Erklärung stehen bleiben zu können. Doch erfordern die einzelnen Fälle noch eine kurze Betrachtung.

Die Steigerung auf das Doppelte dürfte sich bei der actio judicati und act. depensi davon herschreiben, daß in diesen Fällen die legisactio per manus injectionem stattfand.[2]) Für diese Fälle gilt also das früher Gesagte, daß die Ansprüche durch erhöhte Proceßgefahr privilegirt sein sollten.

Nun ergibt sich aber für das Justinianische Recht die Frage, ob der Ausschluß der Rückforderung beibehalten wurde, trotzdem der Grund dieser Beschränkung, die Litiscrescenz, weggefallen ist. Es ist das lediglich eine Interpretationsfrage, welche auf unsere Lehre keinen Einfluß hat. Die Beantwortung derselben ist nicht zweifellos, doch möchte ich mich für die Bejahung entscheiden, nach dem Princip, daß eine Rechtsregel durch Wegfall ihres Motivs noch nicht notwendig wegfällt. Für die Bejahung spricht aber direct, daß mehrere Stellen, die den früheren Rechtszustand ausdrücklich bekunden, in die Compilation aufgenommen sind.[3]) Namentlich l. 36. 10. 2 sagt, daß die in der Absicht, einen Judicatsanspruch zu erfüllen, gemachte Zahlung unwiderruflich sei. Freilich ist zuzugeben, daß eine Änderung des Rechtszustandes hätte geschehen sollen.[4])

---

[1]) So auch Keller a. a. O.

[2]) Vgl. Gai. IV. 25. — Welches Verhalten des Beklagten der a. judicati gegenüber zur Steigerung Anlaß gab, ist freilich in mancher Beziehung unklar. S. Bekker II. S. 186. 187. —

[3]) S. bes. Rudorff a. a. O. S. 322 flg.

[4]) U. zw. ganz in dem Sinne wie Windscheid § 426 N. 17 will, mit

Für den aus der lex Aquilia entspringenden Anspruch hatte diese die Litiscrescenz und genau die Bedingung festgestellt, unter welcher dieselbe eintreten sollte. Um dieselbe auszuschließen bedurfte es nicht völliges Eingeständnis des klägerischen Anspruchs, sondern nur Zugeständnis der Täterschaft von Seiten des Beklagten.[1] Hier wäre das oben erörterte Bedenken am ersten zulässig, denn der Vorteil der dem Kläger durch die Proceßstrafe verschafft wird, besteht nur in einer Beweiserleichterung, was ausdrücklich betont wird in l. 30 pr. 12. 2:

— abunde enim sufficere exonerari petitorem probandi necessitate —

Also könnte der Zweck des Gesetzes auch bei Zulassung der condictio indebiti gesichert erscheinen. Dem gegenüber aber wird man außer dem oben Angeführten noch darauf hinweisen können, daß das Geständnis, welches das Gesetz als Bedingung des Ausschlusses der Litiscrescenz fordert, die Natur einer Disposition hat, welche unwiderruflich ist und den Beklagten trotz seines Irrtums bindet.[2] Also bliebe doch eine wesentliche Differenz der Rechtslage.

Ob bei der Klage aus dem Damnationslegat der Grund der Litiscrescenz auf der Entwicklung aus der legis actio per manus injectionem beruht, oder ähnlich wie bei dem vorigen Fall auf einer besonderen Bestimmung über confessio, ist nicht zu entscheiden. Gewiß nur, daß eine confessio se legatum debere bezeugt ist.[3]

2) Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn die Leistung zwar aus Irrtum, aber aus Rechtsirrtum erfolgt ist, das wird von den Quellen wiederholt als unbezweifeltes Axiom gelehrt.[4] Anderseits wird in einigen Fällen Rückforderung zugestanden, obwol mit Gewißheit oder doch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Rechtsirrtum vorliegen muß.[5] Auf Grund dieses Quellenstandes bietet die Fassung des Rechtssatzes bedeutende Schwierigkeiten. Ganz unzulässig wäre es, die ersterwähnten Stellen einfach bei Seite zu stellen zu Gunsten der letzteren und die Qualität des Irrtums für gleichgiltig zu erklären. Gewiß ist aber auch, daß der Ausspruch der ersteren Stellen nicht unbedingt und ohne weiteres als Rechtssatz aufgestellt werden kann. Daher geht seit Savigny die herrschende

---

der Unterscheidung der beiden Funktionen, die der Widerspruch des Beklagten wider die a. judicati haben kann. S. darüber auch Bülow, Archiv 62. S. 76.

[1]) Demelius, confessio. 1880. S. 182 flg.

[2]) Demelius a. a. O. S. 187.

[3]) Rudorff a. a. O. S. 460 flg. Demelius. 182 N. 1.

[4]) l. 9 § 5. 22. 6, c. 6, c. 10. I. 18, c. 2. II. 38, c. 6. 7. IV. 5, c. 9. VI. 50.

[5]) l. 1. pr. 36. 4, l. 32 § 1, l. 38 § 1. 2, l. 64. ht.

Meinung dahin, daß es auf die Entschuldbarkeit des Irrtums ankomme.[1]) Sonach enthielte der Satz: error juris nocet eine ungenaue Formulirung der Regel, die dadurch sich erklärt, daß Rechtsirrtum meistens als unentschuldbar anzusehen ist; und ferner muß die zweite Gruppe von Entscheidungen auf Fälle ausnahmsweise entschuldbaren Rechtsirrtums bezogen werden. Diese Interpretation stützt sich auf das in anderen Fällen über die Unterscheidung des faktischen und des Rechtirrtums bezeugte.[2]) Denn dort wird ausdrücklich neben dem scheinbar allgemeinen Satze: error juris nocet der grobe factische als unwirksam, der schwer vermeidliche Rechtsirrtum als wirksam hingestellt, außerdem noch gewissen Personen aller Rechtsirrtum zu Gute gehalten.

Die Zulässigkeit dieser Argumentation kann man nicht bestreiten, aber gegen das Resultat erheben sich doch mancherlei Bedenken. Wenn auch als unentschuldbar nur der auf einem groben Versehen beruhende Irrtum angesehen wird, so führt doch die strikte Anwendung der im Vertragsrecht geltenden Gesichtspunkte zu unhaltbaren Entscheidungen. So muß es als lata culpa bezeichnet werden, wenn Jemand die Wertsachen mehrerer Personen in seiner Casse aufbewahrt, einer derselben in der Eile ein unrichtiges Paket herausgibt und übersendet, während vielleicht die Pakete schon äußerlich verschieden oder mit Namen bezeichnet waren. Oder wenn ein Kaufmann eine falsche Buchung vornimmt oder bei der Saldoziehung einen handgreiflichen Rechnungsfehler begeht. Trotzdem aber glaube ich nicht, daß ein Römischer Richter in diesen Fällen die condictio indebiti verweigert hätte, daß heute nach gemeinem Rechte ein Richter sie verweigern würde.

Schwierigkeiten macht insbesondere die Begründung der fraglichen Regel. Die Qualität des Irrtums erscheint den übrigen Elementen des Verhältnisses gegenüber doch recht unwesentlich. Auf Seite des Empfängers liegt in allen Fällen ein unberechtigter Gewinn vor, auf Seiten des Leistenden in allen Fällen jenes wichtigste Moment, das man nun Zahlungsabsicht oder Voraussetzung des Bestehens der Schuld nennen mag. „Deswegen müßte man, wenn die Frage aus der Natur der Sache zu entscheiden wäre, jeden Irrtum, auch den unentschuldb aren, zulassen.“[3]) Die Richtigkeit dieser Erwägung wird wesentlich bestärkt, wenn wir sehen, daß die moderne Gesetzgebung, durchwegs die Beschrän-

---

[1]) S. die Literatur bei Ernst Zimmermann, zur Theorie der cond. ind. S. 1. 2. Windscheid, § 426 N. 14. Dazu Wächter, Pand. II. S. 502 flg.

[2]) Savigny. III. S. 333 flg.

[3]) Windscheid, § 326 N. 14.

kung der Rückforderung nach der Qualität des Irrtums ganz fallen gelassen hat.[1])

Unbedingt abzuweisen ist der Gedanke, daß die Rücksicht auf den Empfänger nur eine beschränkte Rückforderung zulasse.[2]) Dem Empfänger wird genügend Rechnung getragen bei Bestimmung des Umfanges der Rückgabe, wenn ihm da nur das entzogen wird, um was er wirklich bereichert ist. Daß von seiner Seite der Gewährung des Anspruchs kein Hindernis entgegensteht, geht schon daraus hervor, daß selbst bei wissentlicher Leistung einer Nichtschuld die Rückerlangung nicht ausgeschlossen ist, wenn sie ohne Klage erfolgen kann. Und warum sollte er bei unentschuldbarem Irrtum des Gegners größere Rücksicht verdienen? Irrt er doch ebenfalls und in gleichem Grade, so daß er eben dem eigenen Irrtum den Schaden zuschreiben muß, der ihn vielleicht trifft, weil er ganz sicher auf das Behalten der Leistung gerechnet hatte.

Wir finden also für den fraglichen Satz keine Begründung in der besonderen Natur unseres Verhältnisses, sondern können ihn höchstens als Ausfluß einer allgemeineren Tendenz des Römischen Rechts ansehen, welche auch in anderen Fällen bewirkt, daß die Berücksichtigung des Irrtums an das Erfordernis der Entschuldbarkeit geknüpft wird.[3]) Ob das Gesetz demjenigen, der durch ungewöhnliche Leichtfertigkeit und Nachlässigkeit sich einen Nachteil zugezogen hat, die Correctur desselben versagen oder auch ihm Schutz gewähren soll, da er doch unfreiwillig Verlust erleidet — das ist eine Frage der Rechtspolitik, welche das Römische Recht anders beantwortet haben kann, als das moderne. Aber es ist durchaus nicht notwendig, daß die Behandlung aller Fälle die gleiche gewesen ist, daß der Fall der condictio indebiti den übrigen Irrtumsfällen ganz gleichgestellt worden ist.

Ich würde es aus diesen Erwägungen für möglich und für wünschenswert halten, die Schwierigkeiten der vorliegenden Frage in anderer Weise zu lösen, als es die herrschende Lehre tut. Darum sei eine Lösung, die mir mehr zusagt, im folgenden kurz angedeutet, wenn auch keine Aussicht vorhanden ist, sicheren Beweis für dieselbe zu erbringen.[4])

Der Satz: error juris nocet mochte wol ein althergebrachtes Axiom sein, daher war es natürlich, daß die Jurisprudenz ihn auch in die von

---

[1]) S. Sav. III. S. 468 flg. Für das Pr. Landrecht: Dernburg. II. S. 479. 480. Wichtig ist, daß auch das österr. Recht so entscheidet, obwol die Wirkung des Irrtums bei Verträgen nicht eintritt, „wenn der Irrende an seinem Irrtum selbst allein Schuld ist." § 876.

[2]) Bähr, Anerkennung. S. 76. Windscheid a. a. O. Dagegen ausführlich E. Zimmermann, S. 15 flg.

[3]) So Savigny. III. S. 332 flg., 469 flg.

[4]) Ich teile also vollkommen die von E. Zimmermann a. a. O. erhobenen Bedenken gegen die herrschende Ansicht, halte aber seine Lösung nicht für möglich.

ihr entwickelte Lehre von der condictio indebiti unbedenklich aufnahm. Die Classiker aber, die mit einem aequum est, benignius est solchen Axiomen gegenüber die materiell angemessenen Entscheidungen zur Geltung zu bringen vermochten, durchbrachen in unserer Lehre auch diesen Satz.[1]) Welche Bedeutung hat derselbe sonach noch behalten, wie kann er in späterer Rescription als scheinbar unbedingte Regel wiederholt werden?

Eine Antwort läßt sich denken im Hinblick auf die Beweisfrage. Wie unten genauer zu erörtern, ist der Irrtum d. h. die Nichtkenntnis des des wahren Sachverhaltes, fast nie gewiß und nur selten wahrscheinlich zu machen; was man Beweis des Irrtums nennt, ist oft nur Beweis der Möglichkeit des Irrens. Die Nichtkenntnis einer so allgemein bekannten und leicht zu erfahrenden Tatsache, wie die Rechtssätze sind, ist an sich wenig glaublich, bedarf daher stets besonderer Nachweise. Der faktische Irrtum dagegen ergibt sich oft mit großer Wahrscheinlichkeit schon aus der Tatsache der Erfüllung der Nichtschuld. Dann aber hatte jener Rechtssatz nicht mehr die Bedeutung, den Rechtsirrtum gar nicht erst zum Beweise zuzulassen, wol aber die Bedeutung einer einfachen Präsumption, einer Anweisung für den Richter hier mit dem Beweise des Irrtums strenger zu sein.

Was aber die Rescripte betrifft, welche die Unzulässigkeit der Rückforderung bei Rechtsirrtum aussprechen, so machen sie unserer Auffassung nicht mehr Schwierigkeiten als der herrschenden, welche sie ebenfalls einschränkend auffassen muß. Wir können darauf hinweisen, daß das alte Axiom ja nur indirect geändert, nicht als ungiltig hingestellt worden war. Man konnte es daher sehr gut verwenden zur Begründung der normalen Entscheidungen in allen den Fällen, wo nicht der ausnahmsweise Beweis des Rechtsirrtums gelungen war. Dafür spricht insbesondere, daß die Rescripte in c. 2. II. 32, c. 9. VI. 50, l. 9 § 5. 22. 6 Auszahlung unverschuldeter Legate betreffen. Der Umstand, daß die Absicht den Willen des Erblassers auszuführen ebensonahe liegt,[2]) wie die Zahlungsabsicht, erschwert hier den Beweis der letzteren oder macht ihn ganz unmöglich. Und die Annahme, daß die abstract gehaltene c. 10. I. 18) ursprünglich auch einen solchen Fall betraf, ist um nichts gewagter, als die andere, daß sie nicht von Rechtsirrtum, sondern von unverschuldetem Irrtum zu verstehen ist.[3])

---

[1]) Wie l. 1. pr. 36. 4. Ulp. unwiderleglich zeigt. Daß l. 9. § 5. 22. 6 nicht entgegen, sondern a silentio eher für die Zulässigkeit des Rechtsirrtums spricht, zeigt gut Zimmermann a. a. O. S. 24 flg.

[3]) Es ist zwar keine eigentliche Naturalobligation, aber jedenfalls ein sittliches Agens zur Erfüllung vorhanden.

[4]) S. auch Hesse, zur condictio indebiti. Arch. f. civ. Pr. 56. S. 391 flg.

3) Die Rückforderung ist endlich in einer Reihe von Fällen ausgeschlossen, wo die Quellen von obligationes naturales sprechen. Welche Fälle dazugehören, läßt sich nicht mit einer kurzen Regel aussprechen, obwol die gemeinsame Bezeichnung als Naturalobligationen die Möglichkeit dazu zu bieten scheint. Aber die Bedeutung, die man nach den Quellen mit diesem Ausdrucke verbinden muß, ist eine zu unbestimmte, als daß man darin einen zur Aufstellung einer Regel tauglichen Begriff sehen könnte. Denn bei aller Verschiedenheit der Ansichten über die Naturalobligationen ist man heute doch darüber einig, daß die rechtliche Wirkung derselben nicht eine durchweg gleiche ist, daß dieselbe vielmehr in jedem einzelnen Falle besonders festgestellt werden muß.[1])

Wenn wir also die einzelnen Fälle des Ausschlusses der condictio indebiti aufsuchen wollen, so müssen wir uns nur an die directen darauf bezüglichen Quellenzeugnisse halten und können über dieselben höchstens im Wege der Analogie hinausgehen. Und bei dieser Folgerung müßte auf das Gesammtverhältnis der constatirten Fälle gesehen werden, und nicht blos auf den Umstand, daß in anderen Fällen auch der Ausdruck Naturalobligation gebraucht wird und doß wirklich nach der natürlichen Auffassung eine Pflicht der Sitte oder Anständigkeit vorliegt.

a. Wenn der Freigelassene dem Patron irrtümlich operae officiales geleistet hat, wenn eine Frau ihrem Manne in der Meinung dazu verpflichtet zu sein eine Mitgift bestellt hat, so kann das Geleistete nicht zurückgefordert werden.[2]) Man sieht fast allgemein diese zwei Entscheidungen nur als Beispiele für die allgemeinere Regel an, daß dann nicht condicirt werden kann, wenn eine sittliche Pflicht, obwol in der Meinung es sei eine Rechtspflicht, erfüllt worden ist.[3]) Ich halte diese Ansicht für zu weitgehend, zunächst deshalb, weil der Begriff der „sittlichen Verpflichtung" mir ein völlig vager zu sein scheint. Er geht so allmälig in den noch weiteren der „Billigkeitsschuld" über, daß eine Abgrenzung nicht möglich sein dürfte. Unter diesen weiteren Begriff aber würden sich nicht nur die vorliegenden zwei Fälle, sondern überhaupt alle subsumiren, in welchen je von Naturalobligation die Rede ist. Richtiger aber dürfte bei einer analogen Erweiterung der vorliegenden Entscheidungen auch auf den Umstand Rücksicht zu nehmen sein, daß beide Verhältnisse dem Familienrecht angehören.[4]) Hier tritt besonders im älteren Römischen Recht der zwingende Einfluß des Rechts nur wenig hervor, obwol eine gewisse Gestaltung der

---

[1]) S. Windscheid, § 288. A. 4. — Genaueres s. Beilage I.

[2]) l. 26 § 12, l. 32 § 2. 12. 6.

[3]) S. Citate bei Windscheid, § 289. N. 6. richtig Savigny-Oblg. I. S. 101:

[4]) Auf diesen Punkt weist auch treffend hin Schwanert S. 112 flg. Brinz, Pand. II. 1. § 222.

Verhältnisse als vom Rechte gewünscht angesehen werden kann. Wenn nun auch in einzelnen Fällen Bestimmungen zwar nicht zur zwangsweisen, aber zur indirecten Beeinflussung dieser Verhältnisse getroffen werden, so wird man entschieden Bedenken tragen müssen, diese Bestimmungen über das Gebiet des Familienrechtes hinaus anzuwenden. Ich möchte daher die soluti retentio nur bei Verhältnissen anerkennen, wo familienrechtliche Beziehungen die Grundlage der erfüllten sittlichen Verpflichtung bilden.

b. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn das gegen das S. C. Macedonianum gegebene Darlehen zurückgezahlt worden ist. Ebenso wenn an einen gewesenen Beamten gezahlt wird, der nicht klagen konnte, weil er das von ihm selbst angewandte jus iniquum gegen sich hätte gelten lassen müssen. Mit Bezug auf diese zwei Fälle sagen die Quellen allgemein, daß eine Naturalobligation übrig bleibe, wenn eine Obligation zur Strafe des Gläubigers aufgehoben werde.[1]) Und diesen Gesichtspunkt hat man für eine Reihe von Fällen wo ein Forderungsrecht zur Strafe abgesprochen wird, anzuwenden gesucht. Gegen diesen Gedanken wäre an sich nichts einzuwenden, doch ist eben zu beachten, daß es darauf ankommt die Absicht des Gesetzgebers zu ergründen, ob dieselbe auf einen größeren oder geringeren Umfang der fraglichen Strafbestimmung gerichtet war. Da man aber in dieser Richtung über Zweifel kaum hinaus gelangen kann, da ferner die fraglichen Fälle gar kein theoretisches Interesse gewähren, so kann die Frage hier unerörtert bleiben.[2])

An den ersten Fall läßt sich die Obligation des Pupillen aus Geschäften, die er ohne Mitwirkung des Tutors geschlossen und aus welchen er auch nicht bereichert ist, anschließen. Es ist zwar nicht direct bezeugt, daß die nach erreichter Handlungsfähigkeit geschehene Zahlung nicht angefochten werden kann, doch ist diese Entscheidung aus der Natur des Verhältnisses anzunehmen.[3])

c. Eine dritte Gruppe bilden die Obligationen zwischen dem Gewalthaber und den seiner Gewalt Unterworfenen und die Geschäftsobligationen der Sclaven überhaupt.[4])

Zu diesen Fällen ist nur zu bemerken, daß sie die praktisch wichtigsten der Naturalobligationen sind, daß es ein dringendes Verkehrsbedürfnis war, hier wenigstens die beschränkte Wirksamkeit anzuerkennen, wenn schon

---

[1]) l. 3, § 7. 2. 2, l. 19 pr., l. 40. pr. 12. 6, l. 9, § 4. 14. 6.

[2]) S. bes. Schwanert, S. 350. 471 flg. Windscheid, § 289. N. 22.

[3]) S. Brinz a. a. O. S. 220 N. 19. Als Naturalobligation kennzeichnet das Verhältnis l. 64 pr. 36. 1, über diese interessante Stelle s. Beilage I.

[4]) l. 13 pr., l. 64. 12. 6, l. 14. 44. 7. Für die Naturobligationen zwischen Haussohn und Hausvater ist es bestritten, ob sie ohne Peculium profect, möglich waren. Brinz. II. 1. S. 46. Mandry: F. G. R, I. S. 150 flg.

der Klagbarkeit „juristische Glaubenssätze" über die Gewaltverhältnisse entgegenstanden.[1])

d. Fraglich aber ist der Ausschluß der Rückforderung in folgenden Fällen.

Für das formlos gemachte Zinsversprechen wird in l. 5 § 2. 46 und einigen Codexstellen eine besondere Bestimmung gegeben. Ob unbedingte soluti retentio oder aber eine ähnliche etwas schwächere Wirkung hier statuirt wird, ist wirklich nicht ganz zweifellos.[2]) Auf alle Fälle steht die Wirkung der soluti retentio sehr nahe. An sich wäre die Frage von geringer Wichtigkeit, doch knüpft man daran die Folgerung, daß aus jedem anderen pactum eine Naturalobligation entstehe, welche ebenfalls die Rückforderung des irrtümlich Gezahlten ausschließe. Diese Folgerung ist aber unzulässig. Denn wenn dem formlosen Zinsversprechen eine teilweise Wirkung beigelegt wurde, so geschah dies gewiß wegen der großen wirtschaftlichen Bedeutung des Zinsenvertrages und gerade des formlosen. Bei Darlehnsgabe unter Abwesenden und im Namen eines Dritten konnten ja Zinsen durch Stipulation gar nicht oder doch nicht dem Dritten ausbedungen werden, da die Stipulation einfach ungiltig gewesen wäre. Überhaupt aber ist der Schluß, weil ein formloser Vertrag bestimmten Inhalts eine gewisse Wirkung erhalten hat, so muß jeder formlose Vertrag die gleiche Wirkung haben, gar nicht zwingend, und besonders nach der Entwicklung des Römischen Vertragsrechts und nach der Anschauung der Römer unzulässig.[3]) Da aber anerkannter Weise andere Beweise für die teilweise Wirksamkeit des nudum pactum fehlen, so muß der Gedanke an eine daraus entspringende Naturalobligation verworfen werden.[4])

Wenn ein begründeter Anspruch durch processuale Vorgänge ohne Befriedigung erlischt, so bleibt teils nach den Aussprüchen der Quellen, teils wenigstens nach der Ansicht vieler Schriftsteller doch immer eine Naturalobligation übrig. Daß aber diese Naturalobligation Ausschluß der condictio indebiti zur Folge habe, ist nicht bezeugt für den Fall der Litiscontestation, wo überhaupt besser nicht von N.-O gesprochen wird, auch nicht für den Fall der Proceßverjährung.[5]) Für den Fall des ungerechten aberkennenden Urteils liegen wol zwei Stellen vor, welche man in diesem

---

[1]) Dafür s. Bekker. Jahrb. f. gem. Recht. IV. S. 405. Scheurl. Jahrb. f. Dogm. VII. S. 337. Brinz a. a. O. S. 45.

[2]) S. bes. Schwanert. S. 139 flg. Brinz, § 223. N. 3.

[3]) Vgl. Karsten, Lehre vom Vertrage. 1882. S. XVI flg., 72 flg.

[4]) Windscheid, § 289 N. 1. F. Hofmann, Entstehungsgründe der Oblig. 1874. S. 31 flg.

[5]) l. 30 § 2. 9. 1. l. 8 § 1. 46. 8.

Sinne verstehen könnte. Allein diese Entscheidung würde in directem Widerspruch mit der Rechtskraft des Urteils stehen. Denn der über die condictio indebiti des Schuldners entscheidende Richter müßte doch, um diese Klage abzuweisen, prüfen, ob in dem früheren Processe der Schuldner mit Recht oder mit Unrecht freigesprochen worden ist, er müßte also nochmals dieselbe Sache aburteilen. Daher wird man die fraglichen Stellen, was ganz leicht möglich ist, von wissentlicher Zahlung verstehen müssen.[1])

Am bestrittensten ist die nach Verjährung des Anspruchs zurückbleibende Naturalobligation. Nach unserer Auffassung kann der Ausschluß der Rückforderung nur durch ein directes Zeugnis oder im Wege der Analogie aus den bisher betrachteten Fällen bewiesen werden. Die beschränkte Rechtswirkung tritt eben nicht bei allen von dem sog. natürlichen Rechts- oder Billigkeitsgefühl anerkannten Verpflichtungen, sondern nur bei einigen unter ihnen ein. Daß das Recht sie will eintreten lassen, muß wahrscheinlich gemacht werden.[2]) Hier aber ist es geradezu unwahrscheinlich. Es kann vielleicht in der allgemeinen oder in der Anschauung gewisser Kreise liegen, daß ein rechtlicher, anständiger Mann auch eine verjährte Schuld erfüllen, sich nicht auf die Einrede der Verjährung stützen sollte. Aber das Römische Recht kann diese Anschauung nicht zu der seinigen gemacht haben. Es anerkennt wol die „practisch betätigte ehrenwerte Gesinnung, die bona fides," als Grundlage des Verkehrs, und bemißt seine Bestimmungen nach derselben. Aber eine noch höhere Auffassung, eine „Zartheit des Gewissens" fordert es weder noch setzt es sie voraus.

Was nun die Frage nach der Begründung der vorgeführten Bestimmungen betrifft, so haben wir dieselbe teilweise beantwortet. Daß auf die Vornahme gewisser Leistungen hingewirkt wird, aber nicht durch Klage, sondern nur indirecte Mittel, beruht auf verschiedenen Motiven. Einerseits wird die Erzwingbarkeit zur Strafe des einen oder zum Schutze des anderen Teils beseitigt und die schwächere Wirkung des Verhältnisses bleibt, weil kein Grund vorliegt, sie auch zu versagen. Andererseits liegen Verhältnisse vor, welchen Schutz gewährt werden soll, bei denen jedoch das directe Eingreifen durch Gewährung der Klage entweder ihrer inneren Natur nach oder wegen theoretischer Schwierigkeiten untunlich ist.

Auf Bedenken aber stößt man, wenn man die practische Bedeutung der vorliegenden Bestimmungen betrachtet. Während die übrigen Wirkungen der Naturalobligationen nur darin bestehen, daß die freiwillige Erfüllung derselben begünstigt und erleichtert wird,[3]) tritt hier ein Zwang

---

[1]) L. 28, l. 60. ht. S. Brinz, § 220 N. 29. Windscheid, § 130 N. 7.

[2]) Ebenso Windscheid, §. 112 N. 3—5, daselbst auch die Literatur.

[3]) Die Compensationsbefugnis ist höchst fraglich, s. die Beilage I.

zur Erfüllung derselben ein. Denn daß Leistung zur Erfüllung der irrig angenommenen Rechtspflicht etwas wesentlich anderes ist als Erfüllung der Naturalobligation, bedarf keines Wortes. Wer irrig eine Rechtspflicht angenommen hat und erst nach der Leistung den wahren Sachverhalt erkennt, stünde, wenn er condiciren dürfte, demjenigen ganz gleich, der von vornherein die richtige Auffassung hat. Wie dieser hätte er die Wahl, freiwillig zu leisten, d. h. die Condiction zu unterlassen oder nicht. Nun wird ihm die Condiction entzogen und damit ein Zwang zur Erfüllung der Naturalobligation auferlegt. Aber natürlich nicht das, daß ein indirecter Zwang stattfindet, ist das auffällige, sondern daß der Zwang nicht immer und gleichmäßig, sondern nur in einzelnen Irrtumsfällen eintritt. Ist es angemessen, ein Rechtsmittel anzuwenden, welches nicht in allen Fällen gleichartig, sondern nur nach der zufälligen Gestaltung der Umstände wirksam wird? Ist es gerecht, gleiche Verhältnisse nach der Laune des Zufalls in ungleicher Weise zu behandeln? Ich glaube nicht, daß man innere Gründe für diese eigentümliche Gestaltung des Rechtssatzes wird auftreiben können. Er erscheint aber noch sonderbarer, wenn man die äußerst geringe practische Bedeutung desselben bedenkt. Da bei irrtümlicher Erfüllung einer Naturalobligation fast ausnahmslos ein Rechtsirrtum vorliegen muß, dieser aber nur teilweise berücksichtigt wird, so trifft unser Rechtssatz nur die verschwindend wenigen Ausnahmsfälle, wo aus entschuldbarem oder beweisbarem Rechtsirrtum statt der natürlichen eine rechtliche Pflicht angenommen wird. Und um dieses unbedeutenden Erfolges willen sollte diese Regel aufgestellt worden sein?

Ich glaube daher, daß der Rechtssatz vom Ausschluß der Rückforderung bei Naturalobligation nicht aus inneren Gründen entstanden ist, sondern sich beiläufig aus der Entwicklung des Begriffes naturalis obligatio ergeben hat. Diese Annahme wird um so wahrscheinlicher, wenn wir voraussetzen dürfen, daß in älterer Zeit Rechtsirrtum die condictio indebiti unbedingt ausschloß. Dann wäre unser Rechtssatz ursprünglich nur eine andere Ausdrucksweise und vielleicht auch Motivirung für das Erfordernis des tatsächlichen Irrtums gewesen. Und erst später hätte er eine geringe selbständige Bedeutung erlangt.

Für die Beurteilung des modernen Rechtes sind die erlangten Resultate von Wichtigkeit. De lege ferenda müssen sie zu erneuter Prüfung der inneren Berechtigung des Rechtssatzes führen, dessen Bedeutung durch die Zulassung der Rückforderung auch bei Rechtsirrtum wesentlich erhöht ist.

Was die vorhandenen Gesetzbücher betrifft so haben sie alle die fragliche Bestimmung, doch in sehr verschiedenem Umfange recipirt. Richtig hat das österr. Gesetz nicht den vagen Begriff natürlicher Verbindlichkeit gebraucht, sondern die Fälle des Ausschlußes der Rückforderung aufgezählt.

Richtig auch nur Fälle aufgenommen, wo Klagbarkeit aus besonderen Gründen ausgeschlossen wird, und die Fälle, wo das R. Recht Rechtsschutz gewähren wollte, aber nur teilweise gewährte, weggelassen. Genaueres darüber bringt Beilage I.

IV. Beweisfragen.

In Bezug auf die beiden Tatbestandsmomente, welche äußere Umstände betreffen, ist die Frage der Beweislast kaum einem Zweifel unterworfen, auch durch die Quellen direct entschieden. Kläger hat zu beweisen, daß er eine Leistung gemacht hat und daß der Anspruch, in Bezug auf welchen diese Leistung erfolgte, nicht zu Recht besteht, das sagt l. 25 pr. 22. 3. Nur gewährt diese Stelle die Erleichterung, daß demjenigen gegenüber, der den Empfang ableugnet und darin überwiesen wird, der weitere Beweis der Nichtschuld nicht nötig ist. Vielmehr muß er jetzt seine Forderung als begründet dartun. Die Stelle selbst spricht nur von Ableugnen, negare schlechthin, doch hat man allgemein noch das weitere Erfordernis des böswilligen, chikanösen Leugnens aufgestellt, also die Beweiserleichterung dort nicht zugelassen, wo der Beklagte über den Empfang ungewiß sein konnte, etwa weil er nicht selbst der Empfänger war. Diese Beschränkung rechtfertigt sich aus dem Motiv der ganzen Bestimmung, welches ich jedoch nicht in der Bestrafung des böswilligen Leugnens [1]) sehen möchte. Ich halte diese Bestimmung vielmehr blos für eine legalisirte Vermutung, wie solche der Richter bei freier Beweiswürdigung aus dem chikanösen Verhalten des Beklagten wiederholt zu ziehen Gelegenheit hat.[2]) Und darum glaube ich die Bestimmung auf den Fall der Chikane beschränken zu dürfen.

Eine weitere „recht wunderliche" Bestimmung enthält l. 25 § 1 cit., danach ist der Beweis der Nichtschuld nachzusehen Personen, welche wenig Einsicht und Umsicht in Geschäften zu bewähren pflegen. Doch tritt das normale Verhältnis dann wieder ein, wenn nur zuviel geleistet wurde oder die Nichtexistenz der Schuld auf Tilgung derselben oder auf einer Einrede beruht.[3]) Man ist einig über die Interpolation dieser Stelle und über

---

[1]) So Vangerow § 625 N. 2 i. f. Sintenis § 109 N. 57.

[2]) Man denke an die Weigerung, eine Urkunde vorzuweisen oder zur Schriftvergleichung etwas niederzuschreiben. Vgl. Ges. über das Bagatellverfahren § 37. 38. 51. — Daher hat die französische Theorie diesen Punkt mit Recht beibehalten, obwol das Gesetz ihn nicht erwähnt. S. Zachariä, franz. C. R. 6. Aufl. II. S. 692. N. 7., Laurent, Principes de droit civil t. 20 S. 392 und die Citate daselbst.

[3]) Man hat die drei Ausnahmen auch auf den ersten Fall der Beweiserleichterung bezogen — gewiß mit Unrecht.

die Unangemessenheit der Verfügung, welche von der gemeinrechtlichen Praxis desavouirt worden ist.[1])

Um darzutun, daß die erfüllte Verbindlichkeit nicht wie vorausgesetzt bestanden hat, ist zuerst festzustellen, was für eine Verbindlichkeit als bestehend vorausgesetzt wurde. Die Individualität einer Verbindlichkeit bestimmt sich nur durch die Entstehungsgründe derselben. Diese sind also, wie sie angenommen wurden, darzulegen und dann der Punkt zu beweisen, an welchem die Annahme von der Wirklichkeit sich unterscheidet. Besonderes ist über diese beiden Beweispunkte nicht zu erwähnen. Auch wenn mehrere Verbindlichkeiten zugleich getilgt werden, wie z. B. bei einer Saldoziehung und Begleichung, bleibt die Eigentümlichkeit der einzelnen Posten bestehen und kann die Unrichtigkeit derselben erwiesen werden. War in den persönlichen Beziehungen ein Irrtum unterlaufen, so ist nur darzutun, daß nicht die vorausgesetzte Person Gläubiger oder Schuldner ist, nicht etwa wer es wirklich ist.[2]) Wurde zuviel geleistet, so wird allerdings nur der Beweis der wahren Höhe der Schuld übrig bleiben. Besteht gar keine ähnliche Verpflichtung, so ist entweder ein Hinderungs- oder Aufhebungsgrund nachzuweisen, oder durch rein negative Behauptungen die Nichtentstehung des Anspruches in der angenommenen Weise zu erhärten. Dieser Beweispunkt ist endlich von selbst erledigt, wenn die Schuld nicht aus irriger Auffassung der factischen Verhältnisse, sondern aus Rechtsirrtum für bestehend gehalten wurde.

Aus dem Gesagten folgt, daß mit dem Beweise der Nichtschuld auch zugleich die Frage entschieden wird, ob ein Fall der Litiscrescenz oder einer die Rückforderung ausschließenden Naturalobligation vorliegt, da ja die wirklich zwischen den Parteien bestehenden Verhältnisse dargelegt werden müssen.

Daß auch die Entschuldbarkeit oder Nichtentschuldbarkeit des Irrtums bei diesem Beweise erhellen müßte, kann man wol nicht als Regel behaupten. Es trifft nicht zu bei Rechtsirrtum, sowie sehr oft wo die Schuld getilgt oder nur scheinbar entstanden ist.[3])

Über die Frage des Beweises bei den noch erübrigenden Momenten gehen die Meinungen sehr auseinander. Während die gegenwärtig in der Theorie herrschende Ansicht dem Kläger den Beweis seines Irrtums ausdrücklich auflegen und streng verlangen will,[4]) meinen andere, dieser Beweis sei nicht aufzulegen, oder er werde doch durch eine Vermutung sup-

---

[1]) S. Citate bei Brinz § 304 N. 37.

[2]) Wie z. B. Laurent behauptet, 20. a. a. O. S. 388.

[3]) Windscheid § 426 i. f. nimmt nur den Rechtsirrtum aus.

[4]) S. die Citate bei Fried. Zimmermann, Arch. f. civ. Praxis 48. S. 65 N. 25. Windscheid § 426 N. 26.

plirt, und es stehe nur dem Gegner der Gegenbeweis des Wissens offen.[1]) Eine Verständigung dürfte aber zu erreichen sein von dem oben begründeten Standpunkt aus, daß das Beweisthema ein gewisser Seelenzustand des Klägers ist, der die zwei Elemente: Absicht der Rechtspflicht zu genügen und Irrtum über das Bestehen der Rechtspflicht, in sich schließt. Daß ferner diese zwei Elemente in notwendiger Verbindung stehen und zwar so, daß die Absicht der Erfüllung den Irrtum notwendig voraussetzt, und Kenntnis des wahren Sachverhaltes die Erfüllungsabsicht ausschließt.

Der Beweis kann nur durch Indicien geführt werden, kann also immer nur eine Wahrscheinlichkeit erzielen, ja es muß in manchen Fällen schon ein Nachweis der Möglichkeit des Beweisthemas genügen. Dies ist der Fall betreffs des Irrtums, denn ein stringenter Nachweis, die wahre Sachlage nicht erfahren zu haben, ist nur in den seltensten Fällen denkbar. Das was man Irrtumsbeweis nennt, geht vielmehr dahin, die Möglichkeit des Nichtwissens trotz der naheliegenden Möglichkeit der Kenntnisnahme, zu erhärten. Leichter wird man meist eine gewisse vorhandene Absicht wahrscheinlich machen können, da wir ja vielfach gewohnt sind, aus den Handlungen eines Menschen und aus den begleitenden Umständen auf seine Absicht zu schließen, wie z. B. im Criminalproceß. Deshalb richtet sich der Beweis in erster Linie auf die Erfüllungsabsicht.

Betrachten wir nun die gewöhnlich vorliegenden Umstände und die Bedeutung derselben für den verlangten Beweis.

Die Erfüllungsabsicht wird in den meisten Fällen wahrscheinlich gemacht sowol durch die ausdrückliche Erklärung der Parteien,[2]) als auch durch ihre gegenseitigen Beziehungen. Das erste Moment tritt z. B. recht deutlich hervor, wenn die Zahlung über Mahnung oder Drohung des Gläubigers erfolgt, das zweite bei den meisten Handelsgeschäften, die zwischen ganz unbekannten Personen sich abwickeln. Der Umstand, daß jemand in Geschäften sorgfältig ist, hat mit dieser Folgerung nicht direct zu tun, er hindert und befördert die Annahme der Erfüllungsabsicht nicht. Auch der pedantische Geschäftsmann kann einmal donandi vel transigendi causa leisten. Dieser Umstand beeinflußt höchstens die An=

---

[1]) So insbes. die mittelalterlichen Autoren, Citate bei Fr. Zimmermann a. a. O. S. 67 flg. Puchta, Pandecten, § 309. Windscheid § 426 i. f. Schlesinger S. 204. Wächter, Pand. II. S. 500. Über die Praxis Zimmermann a. a. O. S. 70 flg. — Vermittelnd, ähnlich wie hier ausgeführt wird, Bähr, Anerkennung, S. 77. 78.

[2]) Etwas schief ist der Gesichtspunkt, unter dem Windscheid § 426 N. 26 sagt: Daß sein Wille hierauf (eine Verbindlichkeit zu erfüllen) gerichtet sei, hat er erklärt und kann verlangen (?), daß bei seiner Erklärung stehen geblieben wurde, bis der Gegner die Unrichtigkeit derselben nachgewiesen hat."

nahme des Irrtums. Wenn bei solchen einfachen Fällen nicht ein weiterer Umstand erhellt oder vom Gegner beigebracht wird, welcher den Schluß auf die Ernstlichkeit und Ausschließlichkeit der Erfüllungsabsicht schwankend machen kann, so ist das Beweisthema genügend wahrscheinlich gemacht. Dieser einfache Sachverhalt ist es, was die ältere Theorie, welche nur auf den Irrtum sah, mit ihrer Vermutung des Irrtums sagen wollte.

Nun kommen aber diverse Umstände in Betracht, welche diesen Beweisschluß abschwächen. Vor allem schließt, wie erwähnt, Kenntnis des Sachverhalts die Zahlungsabsicht aus und kommt daher der Umstand in Betracht, daß der Leistende einmal von der wahren Sachlage Kenntnis gehabt hat oder doch leicht haben konnte. Manchmal ist das ja nicht der Fall, z. B. wenn eine Schuld des Erblassers erfüllt wird, oder wenn einer von mehreren Correalschuldnern die Schuld getilgt hat. In der großen Überzahl der Fälle aber ist die Kenntnisnahme des Erfüllenden bewiesen oder sehr wahrscheinlich, da ergibt sich nun die Notwendigkeit, es glaublich zu machen, daß er diese Kenntnis im Augenblick der Leistung nicht gehabt hat. Momentane Vergeßlichkeit läßt sich natürlich nicht direct erweisen, manchmal jedoch wird die Erfüllungsabsicht so klar sein, daß man sie supponiren muß, auch ohne weiteren Beweis.[1]) Abgesehen davon müssen weitere Umstände die Annahme des Nichtwissens möglich erscheinen lassen. Naheliegende Beispiele sind etwa folgende. Die Schuld ist schon getilgt durch den Schuldner selbst, aber vor langer Zeit, vielleicht ohne Quittungsleistung. In der erhaltenen Rechnung wird der undeutlich geschriebene Betrag falsch gelesen. Der Schuldner hat den Ablauf der Verjährungsfrist übersehen, weil er das Datum des Geschäftes unrichtig notirt hat, etwa Juli statt Juni. Die Zahlung erfolgt auf Grund der Handelsbücher, in welchen jedoch eine unrichtige Buchung stattgefunden hat, etwa Haben statt Soll, oder ein Betrag in Gulden statt in Mark, oder die als empfangen gebuchte Ware wurde zur Disposition gestellt, aber nicht im Conto ausgetragen.[2]) Insbesondere gehört hierher der Fall des Rechtsirrtums, bei welchem das Vorhandensein der allgemein verbreiteten Kenntnis eigens wahrscheinlich zu machen ist, z. B. durch Nachweis erhaltener unrichtiger Auskunft.

Man wird nicht anstehen, in all diesen Beispielen von Irrtumsbeweis zu sprechen. Und doch wird der Irrtum in all diesen Fällen nicht bewiesen; die Ziffer in der Rechnung konnte ja doch richtig gelesen sein, das Datum des Geschäftes konnte dem Schuldner doch richtig im Gedächtnis geblieben

---

[1]) Z. B. in dem S. 124 erwähnten Fall, daß Jemand von mehreren Depositen ein unrichtiges ausfolgt.

[2]) S. den Fall bei Zimmermann, Arch. f. c. Pr. 48. S. 74.

sein, er konnte hinterher noch eine richtige Rechtsbelehrung erhalten haben. Man kann nicht einmal sagen, daß der Irrtum durch die vorgenannten Umstände wahrscheinlich gemacht würde. Nur seine Möglichkeit wird dadurch dargetan, die Wahrscheinlichkeit muß erst weiter aus der Erfüllungsabsicht gewonnen werden.

Die Annahme der ernstlichen Erfüllungsabsicht wird erschwert, auch wenn die Annahme des Irrtums ganz gut möglich wäre, wenn die Umstände auch eine andere Absicht des Leistenden als möglich und naheliegend erscheinen lassen. So sind als Motive denkbar bei Leistung der vollen Legate ohne Abzug der Quart, oder der wegen Formmangel ungiltigen Legate, die denkbare Rücksicht auf den Willen des Erblassers.[1]) Bei drohendem unangenehmen Proceß oft animus transigendi, bei Überzahlung taxirter liberaler Tätigkeit die Rücksicht auf allgemeine Ansichten und Gewohnheiten e. c. Das Vorhandensein eines dieser Umstände wird regelmäßig schon bei dem Beweise des Nichtbestehens der Schuld sich ergeben, keinesfalls aber kann man dem Kläger den Nachweis zumuten, daß keiner von diesen denkbaren Umständen vorliege. Das spricht direct aus die oben besprochene c. 11. IV. 8:

> et praesumptionem transactionis non contra eos induci, nisi hoc ab altera parte specialiter approbetur.

Auf diese Weise erledigt sich die Beweisfrage auf die einfachste und sicherste Art und darin dürfen wir eine entschiedene Bestätigung für die Richtigkeit der von uns gewälten Formulirung des Beweisthemas erblicken Zugleich aber müssen wir den practischen Takt der mittelalterlichen Jurisprudenz anerkennen, welche durch die an sich freilich nicht ganz correcte praesumptio erroris die richtige practische Gestaltung des Falles erzielte, welche ohne dieses Hilfsmittel bei der unrichtigen Fassung des Beweis satzes und überhaupt bei der Beengung, welche der Indicienbeweis durch die formale Beweistheorie erleidet, gar nicht möglich gewesen wäre.

Was endlich die Entschuldbarkeit des Irrtums betrifft, welche von der herrschenden Meinung als Teil des Hauptbeweissatzes aufgestellt wird, so trifft der Beweis für dieselbe wol fast ganz mit dem überein, was hier über den Nachweis der Möglichkeit der Unkenntnis des Leistenden gesagt ist. Ein weiter gehender Beweis ist also über diesen Punkt, wenn er wirklich Voraussetzung des Anspruchs wäre, nicht denkbar.

Der den Gegenstand des Anspruchs betreffende Beweis wird im nächsten Abschnitte besprochen.

Schwierigkeiten bietet der Beweis bei indebitum promissum. Es

---

[1]) S. die Stellen bei Ernst Zimmermann, S. 39. 40.

handelt sich hier um die principielle Auffassung des unverschuldet gemachten neuen Versprechens. Ist es als eine Art Erfüllung anzusehen, sodaß einfach die Grundsätze des indebitum datum anwendbar sind? Oder ist es nur als Ausstellung eines neuen Beweismittels zu betrachten, sodaß also die ursprüngliche Schuld fortbesteht, zur Realisirung eingeklagt und vom Kläger bewiesen werden muß, wobei das neue Versprechen nur als außergerichtliches Geständnis in Betracht kommt? Wie viele Schwierigkeiten es bietet, in diesen Fragen das letzte Resultat des Römischen Rechts und die de lege ferenda wünschenswerte Lösung festzustellen, ist bekannt. Die Lösung des Problems aber würde weder die Lehre von den Bereicherungsklagen fördern, noch durch dieselbe gefördert werden. Daher genügt es hier auf die besondere Stellung der ungeschuldeten Leistung einer Obligation hingewiesen zu haben.

V. Gegenstand der Rückforderung.

Die Unsicherheit, welche über den Gegenstand der Rückforderung bei den Condictionen herrscht, beruht außer den unvollständigen Quellenentscheidungen besonders darauf, daß man die Frage für alle Fälle in gleicher Weise glaubte beantworten zu müssen. Dadurch war eine Argumentation aus der Natur der Verhältnisse abgeschnitten, denn daß Darlehn, Schenkung auf Todesfall und Zahlung einer Nichtschuld nicht auf gleicher Linie stehen können, wurde doch allgemein gefühlt. Durch die Beschränkung auf die condictio indebiti können wir für unsere Frage dieses und manches andere Argument verwerten.

Als Ausgangspunkt ist anzunehmen, daß der Anspruch zunächst auf das Erhaltene sich richtet, in obligatione ist also id, quod perventum est. Dafür läßt sich außer dem Wortlaut mancher Quellenstellen die Erwägung anführen, daß der Anspruch nie auf mehr gehen kann und daß eine besondere Ursache da sein müßte, wenn er auf weniger gehen sollte.[2]) Wenn nun, wie oben ausgeführt, das Object des Anspruchs in die Intentio der Condictionen aufgenommen wird, so ist die Regelung der normalen Fälle bereits gegeben. Kläger behauptet und beweist die gemachte Leistung und damit den Umfang seines Anspruchs. Der Anspruch muß aber so lange

---

[1]) l. 20 § 1. 39. 5 wird von wissentlichem Versprechen verstanden. Über die Schwierigkeiten von l. 20. 14. 6 s. Salpius, Novation, S. 303 flg. — Beiläufig sei erwähnt, daß ich mich der Opposition gegen den „Reinen Vertrag" sowol de lege lata als de lege ferenda vollständig anschließe. Freie Beweiswürdigung der Anerkennungserklärungen wird allen Verkehrsbedürfnissen entsprechen.

[2]) S. Erxleben. I. S. 183 flg. Witte, S. 39 flg. Brinz. II. S. 515, Voigt. S. 319.

als genügend begründet erscheinen, als nicht der Beklagte Umstände dartut, welche eine Modification desselben begründen.

Es entspricht diesem Satze ganz gut, wenn bei Fällen, die nicht eine Sachleistung betreffen, als Object des Anspruchs jene Handlung genannt wird, welche die verschafften Vorteile rückgängig zu machen geeignet ist. Hier ist eben kein verkehrsfähiges Wertobject geleistet worden, sondern ein ideales Gut, welches erst geschätzt werden muß. Und daß dasselbe nicht nach dem Verluste des Leistenden, sondern nach dem Gewinn des Empfängers geschätzt wird, ist selbstverständlich und dem Cardinalsatze gemäß.

Nun ist aber auch gewiß, daß der normale Anspruch Erweiterungen und Minderungen erfahren kann, und in Betreff dieser Punkte ergeben sich bedeutende Schwierigkeiten.

Was zuerst die Erhöhung des Anspruchs betrifft, so hat den Beweis dafür nach allgemeiner Regel ebenfalls der Kläger zu führen. Für den Umfang der Erhöhung bedarf kaum der Erwähnung, daß vom Zeitpunkt der Klagerhebung an der Anspruch sich auf omnis causa erstreckt, wie allgemein ausgesprochen ist in l. 31 pr. 12. 1:

> Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit, id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestatae tempore solutus fuisset.

Aber auch vor diesem Zeitpunkte kann sich der Anspruch erhöhen durch zufällige Ereignisse, z. B. Eigentumserwerb an Sachen, deren Besitz übertragen wurde,[1]) oder durch die Nutzungen der übertragenen Sache.[2]) Dazu wird jedenfalls auch die bloße Benutzung nach dem Preise, den Empfänger dafür hätte zahlen müssen, zu rechnen sein.[3]) Fraglich ist, ob Zinsen zu entrichten sind, denn wenn auch c. 1 § 1. IV. 5 für Geldsummen das Gegenteil ausspricht, so hat man dies als Folge der Formel der condictio certi erklärt und daher für das gemeine Recht nicht als entscheidend angesehen. Ich glaube einerseits, daß auch mit der condictio certi die Einklagung der Zinsen möglich gewesen wäre, denn wenn auch der condemnatio certa wegen der Richter sie nicht zusprechen konnte, so konnte doch der Kläger die Summe derselben zu der Hauptsumme in die Intentio aufnehmen. Anderseits wäre es nicht gerechtfertigt, dem Beklagten die Herausgabe der gezogenen Zinsen aufzuerlegen, denn er ist es ja, welcher die Gefahr der zinsbaren Anlage zu tragen hat. Wie könnte

---

[1]) l. 15 § 1. 12. 6, vgl. l. 13 pr. 39. 6.

[2]) l. 26 § 12, l. 65 § 5. 12. 6, l. 38 § 2. 22. 1.

[3]) arg. l. 65 § 7 ht. l. 9 pr. 39. 5.

man ihn, wenn er etwa das ausgeliehene Capital verloren hat, außer der Rückzahlung der empfangenen Summe noch zur Herausgabe der Zinsen anhalten? Ich halte also die Entscheidung der c. 1 cit. für vollständig richtig. Nur de lege ferenda dürfte den modernen Geldverhältnissen durch die Modification Rechnung zu tragen sein, daß die durch ganz gefahrlose Anlage in Sparkassen e. c. erzielten niederen Zinsen zu restituiren wären.

Zweitens kommt in Betracht, daß der einmal begründete Anspruch durch spätere Umstände wegfallen, oder sich verändern kann. Wegfallen, wenn jeder Vorteil aus dem Empfang dem Empfänger verloren geht,[1]) verändern, wenn ein anderer Vorteil an Stelle des Empfangenen tritt.[2]) Daß der Anspruch beschränkt wird durch Gegenansprüche wegen Verwendungen des Empfängers auf die erhaltene Sache,[3]) ist etwas selbstverständliches und ist nur als Ergänzung unserer Lehre zu erwähnen. Ebenso daß der Empfänger für die Vernichtung des Empfangenen verantwortlich ist, wenn er dieselbe wissentlich und absichtlich zur Vereitlung des Rückforderungsanspruches vornimmt.[4])

Was die processuale Gestaltung betrifft, so hat nach den obigen Ausführungen der Beklagte darzutun und zu beweisen, daß er nicht mehr in Folge des Empfanges bereichert ist, ohne das müßte er immer in den Wert des Empfangenen condemnirt werden.[5]) Bei teilweisem Verluste dürfte außer dem Beweise desselben auch die Herausgabe der restirenden Bereicherung erforderlich gewesen sein, um die Condemnation nach dem vollen Inhalt der intentio zu vermeiden. Daher ist eine solche Minderung bei allen Condictionsformeln, auch bei der condictio certi, denkbar.

Nach welchen Grundsätzen aber tritt eine Minderung des Rückforderungsanspruchs ein, welche Schicksale der erhaltenen Leistung befreien den Empfänger und welche nicht? Vor Darlegung der eigenen Ansicht über diese Frage muß an zwei Punkten eine Widerlegung anderer Ansichten versucht werden.

Einige Autoren[6]) behaupten, daß die Behandlung des Anspruchs eine verschiedene sei, je nachdem fungible oder nichtfungible Sachen geleistet

---

[1]) l. 32 pr. l. 65 § 8 ht.

[2]) l. 26 § 12, l. 65 § 6. 8 ht.

[3]) l. 26 § 12: hominem pretiosiorem feci meis sumptibus, nonne haec aestimari debent?

[4]) l. 26 § 12 (sine fraude modico distraxisti), l. 65 § 8 (si sciens hoc fecisti, teneberis mihi ad pretium eius) cit.

[5]) So auch Sintenis, § 109 N. 103. Hartmann, die Obligation, S. 266. Brinz § 300 N. 54—57.

[6]) Erxleben. I. S. S. 191. 201. Witte. S. 140.

worden sind. Nur im letzteren Falle können Veränderungen des Anspruchs eintreten, bei Fungibilien gehe derselbe von vornherein auf tantundem, auf Leistung einer gleichen Quantität, können sich daher gar nicht ändern. Die Gründe für diese Behauptung sind recht schwach. Kaum der Erwähnung bedarf die Folgerung, die Obligation gehe auf das ursprünglich Geleistete und sei deshalb, wenn Fungibilien geleistet wurden, eine generische.[1]) Es braucht ja nicht erst gesagt zu werden, daß die auf eine bestimmte Quantität fungibler Sachen, z. B. auf decem, quae in arca sunt, gerichtete Obligation keine generische ist. Den einzigen Anhalt[2]) bietet für diese Ansicht der in l. 25. 19. 5 fast gleichlautend wiederholte Ausspruch der l. 7 ht.:

> quod indebitum per errorem solvitur, id ipsum aut tantundem repetitur.

Man sieht darin die Anerkennung, daß der Rückforderungsanspruch nicht in allen Fällen gleichartig, daß er entweder als generischer oder nicht als solcher zu behandeln sei. Wann das eine oder das andere eintreten soll, ist dabei freilich nicht gesagt. Daß das erstere bei Leistung von Fungibilien, das zweite in den übrigen Fällen stattfinde, wäre wol eine naheliegende Ergänzung des unvollständigen Ausspruchs, allein quellenmäßig und notwendig ist dieselbe nicht.

Ebenso, ja besser berechtigt wäre die Modification von Brinz,[3]) wonach der Rückforderungsanspruch nur bei Geldleistung sofort als generisch auf tantundem geht, nicht aber bei allen andern Arten von Sachen. Brinz weicht dadurch der vielbesprochenen l. 65 § 6 ht. aus:

> in frumento indebito et bonitas est, et si consumsit frumentum, pretium repetet

welche mit der generischen Natur des Anspruchs schwer zu vereinen ist.[4])

Der Ausspruch, der allein die bekämpfte Ansicht stützt, ist aber nicht nur in dem wichtigsten Punkte unvollständig, er ist auch mehrdeutig. Es sei an die oben über den Sprachgebrauch gemachten Bemerkungen erinnert, wonach repetere sowol auf den Inhalt der Intentio, als auch auf den schließlichen Erfolg der Klage sich beziehen kann. Nimmt man das letztere

---

[1]) Witte, S. 143: „Anders gestaltet sich die Lage des Schuldners, wenn der Gegenstand der Leistung, also auch der Obligation, nicht sowol eine *species*, als vielmehr ein *genus* ist."

[2]) L. 19 § 2 ht. hat für diese Frage kein Gewicht, wie Mandry S. 222 flg. gut ausführt. — Wenn man den Ausdruck *ea sola quantitas* in c. 1. c. 3. IV. 5 urgirt (Witte S. 144, Brinz S. 516 N. 46), so übersieht man, daß er nur den Gegensatz bildet zu *usuroe* und zu *cautio exposita*.

[3]) Pand. II. 517.

[4]) S. bes. Mandry, Arch. f. civ. Pr. 48. S. 221 flg.

an, so verliert der Ausspruch alle Beziehung auf die vorliegende Frage. Er deutet dann nicht an, daß die condictio indebiti verschiedenen Regeln folgt in verschiedenen Fällen, sondern nur, daß sie nach derselben Regel zu verschiedenen Resultaten führen kann, je nach den Schicksalen des Empfangenen. Tantundem würde z. B. restituirt bei Consumption der empfangenen Quantitäten.[1]) An Bedeutung würde l. 7 cit. bei dieser Auffassung allerdings verlieren, allein ganz bedeutungslos würde sie dann noch nicht. Beachten wir, daß die Condictionsformel bei dem Darlehen, welches doch der ursprüngliche Anwendungsfall war, immer zur Restitution von tantundem führte, so mochte es der Erwähnung wert sein, daß eben diese Formel bei der condictio indebiti in erster Linie die Herausgabe des Empfangenen und daneben nur ausnahmsweise die Leistung einer gleichen Wertsumme bewirkte.

Ebensowenig nötigt zu der bekämpften Auffassung l. 25. 19. 5 (Marcian):

> si operas fabriles quis servi vice mutua dedisset, ut totidem reciperet, posse eum praescriptis verbis agere, sicuti si paenulas dedisset ut tunicas acciperet: nec esse hoc contrarium, quod si per errorem operae indebite datae sunt, ipsae repeti non possunt. nam aliud dando, ut aliud reddatur obligari jure gentium possumus. quod autem indebitum datur aut ipsum repeti debet aut tantundem ex eodem genere, quorum neutro modo operae repeti possunt.

Diese recht geistlose Stelle bespricht den Vertrag, daß jemand seine Sclaven zur Arbeit einem andern überläßt gegen spätere Rückgewährung von totidem, von gleichviel Arbeit, und erhebt nun das Bedenken, als wäre eine solche Beredung nicht bestimmt genug, weil sich ein totidem von Arbeitsleistung nicht genau feststellen läßt. Das Bedenken hat hier keinen Sinn, weil es sich gar nicht um eine genaue Gleichstellung der durch den Vertrag ja schon bestimmten Gegenleistungen handelt, aber beiläufig wird auf den Einfluß hingewiesen, welche dasselbe Bedenken bei der condictio indebiti ausübt. Wir sind darüber durch die deutlicher sprechende l. 26 § 12 ht. unterrichtet. Danach ist in diesem Falle die normale Fassung der Intentio nicht zulässig, sie würde ja, auf Rückgabe der operae ipsae gerichtet, etwas Unmögliches verlangen, es muß also gleich die Schätzung der Dienste, quanti locaturus fuisset, intendirt werden. Aus diesem Resultat und aus dem, was wir über den Sprachgebrauch wissen, läßt sich die Bedeutung der Worte unserer Stelle, die beinahe widerspruchsvoll erscheinen,[2]) sicher feststellen. Das dreimal gebrauchte *repeti* hat verschiedene Bedeutung. Die ersten beiden Male

---

[1]) So auch Mandry S. 225.

[2]) Brinz, S. 517 N. 50, nennt sie rätselhaft.

— operae ipsae repeti non possunt; ipsum repeti debet aut tantundem — bezieht es sich auf die Fassung der normalen Intentio. Das letzte — quorum neutro modo operae repeti possunt — geht auf den realen Erfolg, es meint die faktische Unmöglichkeit der Rückgabe in Natur, dasselbe also, was in l. 26 § 12 cit. gemeint ist mit den Worten: nec volens quis *reddere* potest.

Man ist also durchaus nicht genötigt, den besprochenen beiden Stellen die Regel von der verschiedenen Gestaltung der Rückforderung je nach der Natur der Leistung zu entnehmen. Diese Regel wird aber völlig unwahrscheinlich, wenn wir auf die Natur des Verhältnisses sehen. Man verlangt doch besondere Gründe zu wissen, wenn in zwei sehr ähnlichen Fällen eine wesentlich verschiedene Rechtswirkung stattfinden soll und würde es für unbillig halten, wenn zwei ganz gleiche Verhältnisse verschieden behandelt würden. Welcher Unterschied aber läßt sich entdecken zwischen dem Falle, wo jemandem eine Quantität Getreide oder Wein irrtümlich abgeliefert wird, und jenem, wo dies mit einem Pferde oder Klavier geschieht. Welcher Grund läßt sich denken, daß im ersten Falle dem Empfänger nicht gestattet sein soll, die nachweislich identischen Sachindividuen zurückzustellen, wenn sie bei ihm, der nichts damit anzufangen wußte, durch das Lagern verschlechtert worden sind, während ihm dies im zweiten Falle zweifellos gestattet ist? Und was Geldleistungen betrifft. so wird niemand zweifeln, daß derjenige, dem an einer Casse statt zehn elf Tausendguldenscheine ausgezahlt, beim Verlassen des Lokals aber die ganze Summe gestohlen worden ist, zum Ersatz der zuvielerhaltenen Tausend unmöglich verhalten werden darf.[1])

Bis auf entschiedenen Gegenbeweis halten wir also daran fest, daß die Rückforderung von fungiblen und nichtfungiblen Sachen nach den gleichen Grundsätzen behandelt wird. Welches sind aber diese Grundsätze? Wir begegnen zuerst der mit der vorbesprochenen teilweise zusammentreffenden Ansicht, daß „die einmal entstandene Forderung den allgemeinen Bestimmungen über den casuellen Untergang einseitiger Forderungsrechte unterliegt".[2]) Dieser Ansicht gegenüber verweise ich einerseits auf den Ausspruch desjenigen Schriftstellers, welcher die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung am eingehendsten erörtert hat:[3]) daß nämlich „die Römischen Juristen hier nicht bei demjenigen stehen geblieben sind, was sonst über die Grenzen der Unmöglichkeit gilt." Anderseits halte ich es durch die

---

[1]) Was man allenfalls für die besondere Behandlung der Geldleistung anführen könnte, sagt gut Brinz S. 520 N. 59 — es aber ist wol zu wenig.

[2]) Witte S. 142. Brinz S. 418 (weil die Obligation gegenstandslos geworden). Ähnlich wol auch Windscheid § 424 N. 3.

[3]) Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I. S. 300 flg.

trefflichen Ausführungen Hartmanns[1]) für erwiesen, daß die über den Einfluß der sog. Unmöglichkeit der Leistung aufgestellten Regeln teils unrichtig formulirt, jedenfalls aber nicht allgemein für alle Verhältnisse in gleicher Weise giltig sind. Es muß vielmehr in jedem einzelnen Rechtsverhältnis nach der Natur desselben festgestellt werden, wie weit die bestehende Verpflichtung durch die den Leistungsgegenstand betreffenden Veränderungen beeinflußt wird. Das was man als allgemeine Regel hinstellt, paßt schon darum nicht auf die condictio indebiti, weil dort das Hauptgewicht auf das Verschulden des Verpflichteten gelegt wird, während hier, wo die bona fides des Empfängers vorausgesetzt ist, derselbe also seine Verpflichtung nicht kennt, von einem Verschulden desselben nie die Rede sein kann.

Wir kommen sonach zu der herrschenden Ansicht, die den Anspruch durch die Bereicherung des Empfängers bedingt und begrenzt sein läßt.[2]) Wir schließen uns dieser Ansicht der Hauptsache nach an, müssen ihr jedoch eine schärfere Ausprägung geben. Der Begriff der Bereicherung läßt nämlich verschiedene Auffassungen zu und es daher muß aus den Quellen festgestellt werden, welche Auffassung desselben für die condictio indebiti Platz zu greifen hat. Unrichtig wäre es, den Begriff als einen notwendig gegebenen anzusehen, der einfach aus der Vergleichung zweier bekannter Zustände in stets gleicher Weise zu bestimmen wäre. In den Quellen mindestens ist es nicht so, die Bezeichnung *locupletior factus est* ist in vielen Fällen eine Formel, in welche die nach andern Gesichtspunkten gefundene Regel gekleidet wird, welche aber nicht selbst die Entscheidung bestimmt und begründet. Das erweisen die Stellen, in welchen für die gleichen äußeren Umstände gesagt wird videtur, non videtur locupletior factus esse.[3])

Wir finden in den Quellen eine mildere und eine strengere Bemessung der Bereicherung. Die erste bei der Erbschaftsklage gegen den gutgläubigen Besitzer und bei der Rückforderung der Schenkung zwischen Ehegatten, die zweite bezeugt u. a. bei den Klagen auf Grund von Betrug und Zwang, wenn sie gegen den Erben des ursprünglich Verpflichteten gehen. Daß man auch bei den letztern als Gegenstand des Anspruchs die Bereicherung bezeichnen kann, ergibt sich sowol daraus, daß die Quellen hier geradezu von locupletior factus esse und von lucrum extorqueri sprechen, als auch aus den allgemeinen Aussprüchen über die Natur dieser Ansprüche, welche nur bewirken sollen, den aus dem Delict resultirenden Gewinn

---

[1]) Die Obligation. S. 323 flg.

[2]) S. Citate bei Witte S. 140. Windscheid § 224 N. 3.

[3]) l. 18. 4. 2, l. 5 § 17. 18, l. 31 § 9. 24. 1, l. 30. 5. 3.

einzuziehen.[1]) Die beiden Auffassungen führen nun in vielen Fällen zu dem gleichen Resultat, der Unterschied zeigt sich aber in folgenden Punkten. Erstens, wenn an Stelle des Erhaltenen ein Aequivalent getreten ist, so kommt es bei der strengeren Behandlung nicht auf die weiteren Schicksale desselben an, es steht nun auf Gefahr des Empfängers,[2]) während bei der milderen Behandlung auch das Aequivalent wie das ursprünglich Erhaltene beurteilt wird.[3]) Zweitens gilt die Consumption der Sache hier durchaus als Bereicherung, dort entweder gar nicht oder doch dann nicht, wenn ohne den Besitz der Erbschaft und die Aussicht auf das Behalten derselben der in dem Verzehren liegende Aufwand nicht gemacht worden wäre. Drittens endlich gilt bei der milderen Behandlung unentgeltliche Veräußerung nicht als Bereicherung.[4]) Bei der strengeren wird man das Gegenteil anzunehmen haben, wie noch zu erweisen ist.

In welcher Weise ist nun bei der condictio indebiti zu entscheiden? Ich hege keinen Zweifel, daß die strengere Auffassung Platz zu greifen hat.[5]) Dafür lassen sich aus den Quellen manche wichtigen Momente anführen. So wäre zu betonen, daß hier als der Gegenstand des Anspruchs niemals das quantum locupletior factus est angegeben wird. Und ebenso ist es bei den Fällen der strengeren Haftung, der technische Ausdruck ist da quantum ad eum pervenit. Während bei Erbschaftsklage und Schenkung zwischen Ehegatten die erste Bezeichnung die durchgehende ist.[6]) Ferner ist die mildere Behandlung erst durch zwei S. C. eingeführt, früher war also die strengere allgemein. Es bedürfte daher eher eines Beweises für die Milderung bei c. indebiti![7]) Insbesondere käme l. 66. 46. 3 in Betracht, hier wird dem Pupillen gegenüber die normale condictio indebiti versagt, aber eine actio utilis in quantum locupletior factus est pupillus gewährt. Da jeder Anspruch gegen den Pupillen auf Herausgabe der Bereicherung in jener milderen Weise bemessen wird,[8]) so kann man in der Entgegensetzung der normalen condictio indebiti und dieser act. utilis

---

[1]) l. 16 § 2. 4. 2, l. 17 § 1, l. 26. 4. 3, l. 6. § 10—12, l. 11, 42. 8.

[2]) l. 18. 4. 2. omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat.

[3]) l. 29, l. 33. § 1, l. 55. 24. 1 e. c.

[4]) l. 25 § 11. 5. 3. nec si donaverint locupletiores facti videbuntur. — Gleiches muß für Schenkung zwischen Ehegatten gelten auch ohne Zeugnis.

[5]) „Die Schriftsteller sprechen sich über diese Frage gewöhnlich nicht aus," sagt Mandry a. a. O. S. 233, der selbst unsere Ansicht teilt. Andeutungen der gegenteiligen Ansicht ebenda citirt. Dazu Windscheid a. a. O., nach der ganzen Ausdrucksweise, Hartmann, die Obligation, S. 265. Wächter. II. S. 505.

[6]) vgl. vorige Seite N. 3.

[7]) l. 32 pr. § 24. 1. Savigny. IV. S. 65 flg. Wind. § 809 N. 26.

[8]) S. l. 1 pr., l. 5 pr. § 3. 26. 8.

eine Hindeutung auf die strengere Natur der ersteren erblicken. Keineswegs aber kann man sich gegen unsere Ansicht berufen auf l. 26 § 12:

verb: nempe hoc solum refundere debes quod ex pretio *habes*.

Denn es ist dabei an den Einfluß weiterer Zufälle gar nicht gedacht, und nur betont, daß bei Verkauf der geleisteten Sache nicht unbedingt Wertersatz eintritt.[1])

Hauptächlich aber muß es auf die inneren Gründe ankommen. Die Differenz, um die es sich handelt, geht darauf zurück, ob der Geber die Gefahr aller Zufälle tragen soll, welche den übergegangenen Vermögensteil treffen können, oder ob die Folgen der eigenen Handlungen des Empfängers teilweise diesem zur Last fallen sollen. Das ist außer Zweifel, daß die strengere Verhaftung des Empfängers der Billigkeit durchaus entspricht. Man hebt zwar meistens hervor, wie notwendig die Rücksicht auf den Empfänger ist, welcher das Erhaltene als sein eigen anzusehen berechtigt war und nun, wenn es ihm entzogen wird, leicht geschädigt werden kann, eben weil er es in der Disposition über sein Vermögen mitberücksichtigt hat. Aber es ist dieser Auffassung gegenüber schon oben betont worden, daß ja die Veranlassung der irrigen Zahlung nicht allein bei dem Schuldner zu suchen ist. Er hat freilich geirrt, aber der Empfänger hat ebenfalls geirrt und gerade so schuldbar wie jener. Ja dort, wo die Aufforderung zur Erfüllung von ihm ausgegangen ist, wo er mit Proceß gedroht, der Schuldner vielleicht nur animo titubante gezahlt hat, ist sogar der größere Teil der Schuld dem Empfänger beizumessen. Er ist aber auch nicht freizusprechen dort, wo der Schuldner freiwillig sich zur Leistung entschlossen hat, denn so gut wie seine Passiven, oder vielleicht genauer, pflegt man seine Aktiven in Evidenz zu halten. Und das Recht kann jedem anständigen Menschen wol zumuten, daß man im Empfange gerade so vorsichtig sein soll, wie im Erfüllen. Jedenfalls muß derjenige, der Forderungen zu seinem Vermögen zählt, so gut wie andere Gefahren auch die in Betracht ziehen, einmal etwas Unverschuldetes zu empfangen und wieder rückerstatten zu müssen.

Auf Grund dieser Erwägungen kann man es nicht für ein Gebot der Billigkeit erklären, daß der Empfänger von allen, auch indirecten Folgen der irrigen Zahlung verschont werde. Die Folgen nun, welche ihn nach der strengeren Ansicht treffen sollen, sind nur indirect und nur teilweise durch die irrige Zahlung veranlaßt. Es ist daher geradezu eine Forderung der Billigkeit, dieselben dem Empfänger und nicht dem Geber zur Last zu legen. Das sei an den angeführten drei Punkten noch genauer erörtert.

Der erste Punkt betrifft den Umsatz des Erhaltenen in ein Aequivalent.

---

[1]) Dagegen auch Witte 147.

Wenn der Empfänger mit dem erhaltenen Gelde eine Sache oder eine Forderung erwirbt, so handelt er durchaus im eigenen Interesse und genau nach denselben Gesichtspunkten, als wenn er die fragliche Summe anderswoher genommen hätte. Nur insoferne kann seine Handlung durch die irrige Zahlung veranlaßt erscheinen, als dieselbe unvorhergesehen geschehen wäre und deshalb eine nutzbare Verwendung durch schnellen Entschluß notwendig gemacht hätte. Doch selbst diese indirecte Beeinflussung entfällt, wenn es sich um einen wiederholten Umsatz des erhaltenen Vermögensteiles, z. B. um Verwendung des von der erhaltenen Sache erzielten Kaufpreises handelt. Immer aber geht das vorgenommene Geschäft auf Rechnung des Empfängers, wenn es vorteilhaft ausfällt, ist es da nicht billig, daß er auch die Gefahr davon trägt? Einzig unter der letzten Annahme läßt sich, wie erwähnt, die Entscheidung erklären, daß der Empfänger keine Zinsen zu zahlen braucht, dieselbe muß daher umgekehrt auch als Stütze für unsere Ansicht gelten.

Was den zweiten Punkt betrifft, Consumption des Erhaltenen, obwol der darin liegende Aufwand weit die Vermögensverhältnisse des Empfängers übersteigt,[1]) so ist vor allem außer Zweifel, daß hier eine Bereicherung im strengsten Sinne vorliegt. Denn daß man durch Verwendung der zum Genuß bestimmten Sachen nicht blos Wert zerstört, sondern den Wert sich aneignet, den die Sachen repräsentirten, muß als wirtschaftliches Axiom gelten. Danach kann die Regel des Juventianischen Senatsschlusses, daß diese Bereicherung doch nicht in Anrechnung kommen soll, nur aus dem Gesichtspunkte des Interesses aufgefaßt werden. In der Consumption liegt zugleich eine Ausgabe und wenn der Empfänger zu dieser Ausgabe nur veranlaßt worden ist durch den Empfang der unverschuldeten Leistung oder der Erbschaft, so bildet die Vermeidung dieser Ausgabe resp. der Ersatz derselben das Interesse, welches er daran hatte, nicht empfangen zu haben. Das erwähnte Senatusconsult hat nun bestimmt, daß auf dieses Interesse Rücksicht zu nehmen sei, aber in dieser Formulirung tritt der exceptionelle Charakter der Vorschrift deutlich hervor. Wir werden sie daher nicht ohne besondere Begründung auf unsern Fall anwenden können. Eine solche aber ist wol nicht vorhanden, da, wie ausgeführt, keine der Parteien vor der andern so viel voraus hat, daß man ihr Ersatz des Interesses zusprechen könnte.[2])

[1]) Man beachte wol, daß nur an den Fall zu denken ist, wo durch das Erhaltene die ganze Vermögenslage geändert erscheint, also größere Ausgaben notwendig motivirt werden. Nicht aber an den Fall, daß z. B. ein Korb Champagner Dürftigen irrig zukommt. Hier ist das Erhaltene durchaus nicht einzige Ursache der Verschwendung!

[2]) Man vergleiche die ganz ähnliche Stellung der Parteien bei der Redhibition. Pfersche, error in substantia. S. 32.

Aus der eben verteidigten strengeren Auffassung ergeben sich nun Entscheidungen auch für folgende Fälle. Die irrtümlich geleisteten operae fabriles des Freigelassenen werden zur Ausschmückung eines Hauses, zur Verbesserung einer Sache verwendet, das Haus, die Sache gehen vor Anstellung der Condictio zu Grunde. Die Bereicherung ist also zur Zeit der Klage wieder weggefallen. Der Wert der geleisteten Arbeit ist aber zu vergüten, obwol der Patron sagen kann, er hätte die Arbeiten nicht machen lassen, wenn er sie nicht als geschuldet angesehen hätte. Für dieses Resultat spricht auch die l. 26 § 12 ht., welche trotz der sehr ausführlichen Erörterung dieses Falles die Condictio ohne irgend welche Beschränkung gewährt.

Wenn ferner das empfangene Getreide zur Aussaat, das empfangene Geld in einem Handelsgeschäft verwendet wird, und die Ernte zu Grunde geht, das Handelsgeschäft Bankerott macht, dauert strenge genommen die Bereicherung nicht fort, trotzdem aber findet die Rückforderung statt. Ganz anders, wenn das gelieferte Getreide einfach in dem Speicher geborgen, das Geld in die Casse gelegt wurde und nun verloren geht, denn hier hat noch keine Verfügung des Empfängers zu eigenem Interesse stattgefunden, ist der Verlust die unmittelbare Consequenz der irrigen Leistung.

Endlich muß auch der Wert rückerstattet werden, wenn das Empfangene verschenkt wurde.[1]) Es ist schon oben bei der zufälligen Bereicherung dargelegt worden, daß die Schenkung eine Aneignung des Wertes ähnlich der Consumption darstellt, ja bei gewissen Anstandsgeschenken sogar eine Ersparung einer Ausgabe. Soweit findet unbedingt Rückforderung statt. Aber auch für die seltenen Fälle, wo nachweisbar nicht geschenkt worden wäre, wenn nicht gerade die indebite erhaltene Sache, muß Gleiches gelten. Denn die Schenkung erfolgt im alleinigen Interesse des Empfängers und ist nur eine indirecte Folge der ungeschuldeten Leistung. Also ist diese Entscheidung eine notwendige Consequenz unserer Auffassung.

Daraus folgt auch eine Ergänzung des überlieferten Satzes, daß bei Verkauf des Erhaltenen nur der, wenn auch niedere Preis zu restituiren ist.[2]) Ist das Verkaufsgeschäft nachweisbar mixtum cum donatione, so sind die beiden Elemente des Geschäftes bezüglich der Rückforderung wol auseinanderzuhalten und nebst dem Preise noch der Wert der Schenkung zu restituiren. Und nachdem wir nun die Entscheidung bezüglich des Verkaufs der empfangenen Sache richtig begrenzt haben, läßt sich auch dartun, daß sie mit unserer Regel vollkommen übereinstimmt. Es scheint zwar zunächst als ob hier, wenn Gewinn und Verlust in gleicher Weise dem Empfänger

---

[1]) Hartmann a. a. O. S. 270 spricht das Gegenteil als Axiom aus. Sonst finde ich die Frage nirgends erwähnt.

[2]) l. 26 § 12, l. 65 § 12. 6.

zufallen sollen, er immer den wahren Wert der Sache zu ersetzen hätte. Aber es ist zu beachten, daß wahrer Wert und Verkaufswert wol theoretisch zu unterscheiden sind, daß aber als Bereicherung des Empfängers nur das Wertquantum angesehen werden kann, welches Er aus der Sache erzielen kann, also nicht der abstracte, sondern der unter den concreten Umständen realisirbare Wert, der Verkaufswert. Der Verkaufswert unter den gegebenen concreten Umständen wird aber repräsentirt durch den wirklich erzielten Kaufpreis,[1]) sobald nur die Absicht zu verkaufen und nicht die Absicht teilweise zu schenken vorlag. Sonach steht die Entscheidung der Quellen über den vorliegenden Fall mit unserer Auffassung ganz in Übereinstimmung.

Die gewonnenen Entscheidungen lassen sich nun in folgende Regel zusammenfassen. Der Gegenstand der Rückforderung ist dasjenige, was dem Empfänger geleistet worden ist oder was ohne sein Zutun an die Stelle desselben getreten ist. Vollständiger Verlust der Sache und ihres Wertes befreit. Hat er aber im eigenen Interesse über das Empfangene verfügt, so hat er unbedingt den Wert desselben zu ersetzen, der bei Verkauf der Sache durch den erzielten Kaufpreis repräsentirt wird.

C. Die Fälle der condictiones ob causam datorum.

I. Rückforderung bei Vertrag auf eine Leistung des Empfängers.

Die Fälle, welche wir hier zu betrachten haben, sind die sog. Innominatcontracte und die unter einem Modus erfolgenden Zuwendung unter Lebenden. Denn daß der sog. Modus ein obligatorisches Nebengeschäft der Zuwendung bildet, dürfte keines Beweises benötigen. Bei letztwilligen Zuwendungen sub modo entsteht die Verpflichtung des Empfängers zwar auch aus einer Willenseinigung, nur daß die Verpflichtungserklärung des Empfängers, welche schon in der Annahme der Zuwendung sich ausspricht, der Offerte des Zuwendenden notwendig nachfolgt. Aber die Durchführung der entstandenen Verpflichtung geschieht meistens in eigentümlicher Weise und nur ausnahmsweise durch eine Condiction, so daß wir diese Fälle hier außer Acht lassen dürfen.[2])

Zu ermitteln haben wir zunächst die Voraussetzungen der Rückfor-

---

[1]) So wird ja auch der Börsecurs nur bestimmt nach den wirklich abgeschlossenen Geschäften.

[2]) S. Erxleben II. S. 280 flg. Hartmann, Rechtliche Natur der Vermächtnisse. 1872. S. 49 flg.

derung, aber nur im Hinblick darauf, was sich aus den erwähnten Fällen für die Betrachtung der übrigen Condictionsfälle gewinnen läßt. Das Auffallende ist hier, daß ein Vertrag auf eine anderweitige Leistung des Empfängers vorliegt, daß dieser Vertrag als giltig anerkannt und durch Erfüllungszwang geschützt ist. Warum wird nun nebenher noch die Rückforderung des Geleisteten gestattet? Eine Erklärung könnte in materiellrechtlichen oder in historischen Erwägungen gesucht werden. Um in der ersten Beziehung Klarheit zn erlangen, ist das Verhältnis der beiden Klagen in Betracht zu ziehen, worüber folgendes zn bemerken ist.

Die Voraussetzungen der Rückforderung sind nicht immer gleich, da die einschlägigen Fälle zwar alle als datio ob rem bezeichnet werden, aber inhaltlich sehr verschieden sind. Das was die Römer datio ob rem nennen, ist ja nur eine gewisse Form für den Abschluß der Geschäfte, die wirtschaftliche Bedeutung dieser Geschäfte kann aber eine sehr verschiedene sein. Wir haben in dieser Beziehung zu unterscheiden, ob das Geschäft zu beiderseitigem Interesse oder nur zu einseitigem dient. Das erste ist der Fall, wenn das Hingegebene ein Äquivalent der versprochenen Leistung bildet, wenn also ein kaufähnliches Geschäft vorliegt. Aber es gilt auch dann, wenn die beiden Leistungen nach Verkehrsbegriffen nicht als Äquivalente angesehen werden können, wenn also die Vorleistung als Geschenk, die versprochene Handlung als eine Auflage bezeichnet wird Das zweite ist einerseits der Fall, wenn die versprochene Leistung des Empfängers in einer Verfügung über die empfangene Sache besteht, welche ihm keinen Vorteil aus derselben beläßt, z. B. sofortige Freilassung des empfangenen Sclaven. Aber anderseits auch dann, wenn die versprochene Handlung ausschließlich im Interesse des Empfängers liegt, wo dann freilich kein rechtlicher Anspruch des Gebers auf Vollziehung dieser Handlung entsteht.

Wenn wir nun auf Grund dieser Unterscheidung die Modalitäten der Rückforderung betrachten, so finden wir, daß im classischen Recht die Voraussetzungen der Rückforderungsklage und jene der Erfüllungsklage, der act. praescriptis verbis sich völlig entsprechen. Ursprünglich dürfte allerdings ein Unterschied zwischen beiden Klagen bestanden haben. Denn die eine war stricti juris, die andere bonae fidei. Und ich halte es nach den Ausführungen von Hartmann[1]) für gewiß, daß die Haftung in den Fällen der sog. nachfolgenden Unmöglichkeit der Leistung eine verschiedene war bei den strengen und bei den freien Klagen. Diese ursprüngliche Verschiedenheit zeigt sich noch in der bekannten Antinomie der l. 16. 12. 4. (Celsus) und der l. 5 § 2 i. f. 19. 5 (Paulus).

[1]) Die Obligation S. 222 flg.

Daß aber die freiere Behandlung auch bei der Condiction sich Bahn gebrochen, kann nach dem Inhalt der Compilation nicht zweifelhaft sein. Für vollständige Gleichheit der beiden Klagen lassen sich zwar directe Entscheidungen nicht in allen Punkten anführen. Aber es genügt wol, daß auch das Gegenteil durch keine Entscheidung angedeutet ist und daß in l. 5 § 1. § 2. 19. 5 beide Klagen ganz vorbehaltlos parallelisirt werden, sowie endlich, daß die für die Condiction vorhandenen Entscheidungen alle auch für die act. praescriptis verbis zutreffend nach allgemeinen Regeln anzusehen sind.[1]) Die Übereinstimmung beider Klagen läßt sich nun an folgenden Punkten auch im Einzelnen nachweisen.

1) Der Zeitpunkt der Rückforderung bestimmt sich nach dem Inhalt des Vertrages. Sie kann nicht früher gefordert werden, bevor die Erfüllung der vom Empfänger versprochenen Leistung gefordert werden könnte, also wenn derselbe in Verzug gekommen oder die Unmöglichkeit der Erfüllung gewiß geworden ist.[2])

2) Wird die Vollziehung der versprochenen Leistung unmöglich, so kommt es darauf an, ob das Geschäft als ein Austauschgeschäft im wirtschaftlichen Sinne gemeint war. In diesem Falle kommen die Regeln zur Anwendung, welche für den Austausch von Sachen oder Diensten gegen Geld, für Kauf und Dienstmiete aufgestellt sind. Der Empfänger haftet für Sorgfalt und rechtzeitige Erfüllung, für Zufall nur nach Verzug und unter ganz besonderen Umständen.[3]) Er behält das Empfangene, wenn ihm die Sachleistung ohne Schuld unmöglich wird,[4]) muß aber zurückgeben, wenn es eine Handlung war, welche er versprochen hatte.[5])

War dagegen die Leistung nicht als Äquivalent der zugesagten Handlung gemeint, sondern nur als Mittel zur Ausführung derselben, hatte also der Empfänger gar kein Interesse an dem Geschäft, so muß natürlich die Leistung restituirt werden, sobald die Verwendung derselben zu der verabredeten Handlung unterbleibt.

Wir müßten diese Entscheidung treffen, auch wenn wir sie in den Quellen nicht überliefert hätten. Denn das Geschäft, welches wir voraussetzen, hat alle Merkmale des Mandatsvertrages, nemlich unentgeltliches Versprechen einer Tätigkeit im Interesse des Mandatars. Das weitere Moment unseres Falles, daß gleich das zur Ausführung des Mandates Notwendige geleistet wird, ändert die Natur und den Inhalt des obliga-

---

[1]) Vgl. Witte S. 105 flg.

[2]) l. 19. 12. 1, l. 3 pr. § 1. 3, l. 5 § 4. 12. 4, l. 5 § 2. 19. 5, l. 58. pr. i. f. 463.

[3]) Solche Umstände erwägt Ulpian in l. 5 § 4. 12. 4.

[4]) l. 3 § 3, l. 5 § 2. 3. 12. 4, l. 5 § 1. 19. 5.

[5]) l. 2 § 7. 39. 5 vgl. l. 5 § 2. 19. 5.

torischen Geschäftes nicht. Es bewirkt nur, daß dasselbe seiner Entstehungsform nach eine doppelte Auffassung, sowol als contractus wie als datio ob rem zuläßt.[1])

Die einzige Stelle nun, welche unseren Fall behandelt, l. 5 pr. 12. 4, gibt leider zu divergirenden Ansichten genügende Veranlassung, da sie nicht nur die hier angegebene Entscheidung, sondern auch eine etwas unklare Motivirung derselben enthält. Hält man aber den Satz:

et cum per te non stetit, potest dici repetitionem cessare

für einen Einwand, und den nun folgenden Hinweis auf einen Fall der Rückforderung, wo man den gleichen Einwand machen könnte, aber nicht machen kann, für die Widerlegung desselben, so schwindet jede Schwierigkeit.

Nur das könnte man noch in Frage stellen, ob hier wirklich von unserem Falle und nicht vielmehr von einem solchen die Rede sei, wo der Empfänger für seine versprochene Handlung ein Äquivalent erhalten soll. Richtig wäre die Entscheidung auch für diese Gestaltung des Tatbestandes nach dem eben Gesagten. Aber daß der Jurist nur an den Fall einer unentgeltlichen Dienstleistung gedacht hat, ergibt die Fortsetzung der Stelle. Hier wird dem Empfänger wenigstens der Ersatz der zur Vorbereitung der Erfüllung aufgewendeten Kosten zugesprochen. Und diese Entscheidung ist wol für das Mandat, nicht aber für ein der Dienstmiete ähnliches Verhältnis zutreffend.

3) Wünscht der Geber, daß die von dem Empfänger versprochene Handlung nicht stattfinde, und zeigt er dies demselben rechtzeitig an, so ist derselbe verpflichtet, die Handlung zu unterlassen, widrigens dem Empfänger zu Ersatz des Schadens verbunden.[2]) Hat der Empfänger ein Interesse an dem Geschäfte, so kann der Widerruf des Gebers sein Recht nicht beeinträchtigen, er hat wie bei der Dienstmiete Anspruch auf das Äquivalent, auch wenn der Geber auf seine Tätigkeit nicht reflectirt.[3]) Soweit freilich das Geleistete nur zur Ausführung der fraglichen Handlung bestimmt ist, ist es unbedingt zu restituiren,[4]) da ja durch das Verbot des Gebers gewiß ist, daß die verabredete Verwendung nicht stattfinden wird.

Die eben angeführten Quellenentscheidungen über die Wirkung des

---

[1]) S. Erxleben II. S. 218 flg. Daß die Römer solche Geschäfte auch in beide Kategorien gestellt haben, zeigt l. 27 § 1, l. 30, l. 54 pr. § 1. 17. 1 im Vergleich mit l. 3 § 1, l. 5. § 2. 12. 4. — Die gegenteilige Anschauung von Bekker S. 129 flg., Wendt S. 50 beruht darauf, daß dieselben datio ob rem als eine Kategorie des Inhalts der Geschäfte, nicht der Form ansehen.

[2]) l. 5 § 1, § 2. 12. 4, l. 30. 17. 1.

[3]) l. 18 § 1. 39. 5.

[4]) l. 3 § 2, l. 5 pr. § 1—3 cit., l. 27 § 1. 17. 1.

freien Widerrufes des Gebers, welcher von den Quellen als poenitentia bezeichnet wird, haben eine doppelte Auffassung gefunden. Ein Teil der neueren Autoren erklärt dieselben, wie hier geschehen, aus der besonderen Natur des unterliegenden Geschäftes und hält daher einen Schluß von denselben auf ein allgemeines Rücktrittsrecht des Gebers bei den Innominatcontracten für unzulässig.[1]) Indessen wird von der herrschenden Ansicht diese Schlußfolgerung allerdings gezogen und ein allgemeines jus poenitendi für das Römische Recht statuirt.[2])

Macht man sich von dem, wie oben dargetan ganz unberechtigten Vorurteil los, als wäre das Reurecht eine notwendige Stufe der historischen Entwicklung des Römischen Obligationsrechtes gewesen, sucht man also unbefangen den Rechtszustand der Compilation festzustellen, so muß die herrschende Ansicht als sehr schwach fundirt erscheinen.

Denn der behauptete allgemeine Rechtssatz entspricht dem Zustande des classischen Rechts durchaus nicht, „das Römische Recht hätte das Reurecht schon seit Ausbildung a. pr. verbis fallen lassen sollen".[3]) Eine rechtliche Wirkung von poenitentia findet sich außer den citirten Stellen nur bei der mortis causa donatio erwähnt, wo sie eben kraft einer besonderen dispositiven Bestimmung eintritt. Die bisher besprochenen Entscheidungen aber nötigen nicht dazu, sie als Beispiele einer weiteren Regel aufzufassen, sie gestatten es vielmehr gar nicht. Das ergibt sich notwendig, sobald man die anerkannten Wirkungen der poenitentia, wie eben angedeutet wurde, unterscheidet.

Die eine Wirkung derselben nemlich, daß derjenige, der die Handlung versprochen hat, durch Vornahme derselben zu Schadenersatz verpflichtet wird, tritt nicht nur bei der datio ob rem, sondern gerade so auch bei dem Mandat und der Dienstmiete ein. Sie kommt aber natürlich nur dann in Betracht, wenn die Handlung auf das Vermögen des Gläubigers schädigend einwirken kann, wenn also z. B. auf eine Sache desselben verändernd oder gar zerstörend eingewirkt werden soll. Daher wird die poenitentia nur bei der Geschäftsfigur do ut facias, und nicht bei der do ut des erwähnt.

Die zweite Wirkung, die Rückforderung des Hingegebenen, tritt nicht in allen Fällen gleichmäßig ein. Sie fällt soweit weg, als der Empfänger einen festen Anspruch auf das Empfangene erworben hat, und tritt also nur dort ein, wo dasselbe zur Ermöglichung der verabredeten und nun

---

[1]) So neuestens gut Karsten, Lehre vom Vertrage S. 46 flg.

[2]) S. Literatur bei Vangerow S. 598 A. N. IV. Windscheid § 321. N. 11. Wendt, Reurecht und Gebundenheit, I. S. 46 flg.

[3]) Windscheid a. a. O.

untersagten Handlung gegeben wurde.[1]) Das aber erscheint, wie erwähnt, nur als eine indirecte Wirkung der poenitentia.

Da also eine Ausübung des Reurechts, wie sie in den fraglichen Quellenstellen erwähnt wird, auch außerhalb der datio ob rem vorkommen kann, da die Wirkungen desselben bei den Fällen der datio ob rem nicht die gleichen sind, so ist nicht abzusehen, wie man das Reurecht als eine allgemeine Eigentümlichkeit dieser Fälle ansehen könnte.

Nach diesen Ausführungen ist also die Voraussetzung der Condiction und der a. pr. verbis die gleiche, sie läßt sich kurz als Nichterfüllung des Vertrages bezeichnen. Beide Klagen wirken auf die Erfüllung des Vertrages hin, nur daß die zweite dies in directer Weise tut, während die Rückforderungsklage nur indirect wirkt, ähnlich wie auch eine Strafdrohung wirken würde. Wir müssen sonach die Rückforderung in unseren Fällen als aus dem Vertrage entspringend ansehen.

Es hat sich also in der ganzen Lehre nirgend ein materiellrechtliches Moment gefunden, welches zur Beantwortung der eingangs gestellten Frage einen Anhalt zu bieten vermöchte und mit größerer Kraft erhebt sich das Bedenken, warum die Rückforderungsklage zugelassen wird. da ja die Absicht der Parteien nicht auf die Rückgabe der Leistung gerichtet ist. Man muß fragen, warum tritt die Rückforderung nur hier und nicht auch bei Miete oder Kauf ein? Antwort auf diese Fragen bietet nur der Hinweis auf die historische Entwicklung, in welcher der lex dationis, wie oben ausgeführt, eine besondere Rolle zugefallen ist. War die Supponirung einer lex dationis in unseren Fällen der erste Schritt zur Klagbarkeit des Vertrages, so ergibt sich die Beschränkung der Vertragsklage auf das Hingegebene von selbst, denn die lex dationis kann über das Gegebene hinaus nicht wirksam werden.

Was nun die übrigen Ansichten über die vorliegenden Fälle betrifft, so läßt sich hier gegen die Annahme einer technischen „Voraussetzung" kein neues Argument gewinnen. Man müßte zu sehr mit dem unzuverlässigen Element der Parteiabsicht operiren. Doch ist dieselbe oben wol genügend widerlegt.

Gegen jene Ansicht jedoch, welche in der datio ob rem als solcher, also in der engen Verbindung der Eigentumsübertragung mit einem obligatorischen Vertrage, ein eigentümliches Tatbestandsmoment erblicken will, welches die Rückforderung begründet, kann darauf hingewiesen werden, daß

[1]) Man hat diese Fälle ganz treffend als „mandatsähnliche" bezeichnet, aber mit der richtigen Unterscheidung kann man hier genauer die Auftragsverhältnisse statuiren. Wenn der Verkäufer „als beauftragt gilt, dem Käufer die Waare zuzusenden", warum sollte nicht Kauf und Auftrag unterschieden werden, si dedi pecuniam, ut servum manumittas?

das moderne Recht auf Grund der Klagbarkeit formloser Beredungen eine besondere datio ob rem und darauf bezügliche Bestimmungen gar nicht mehr enthält. Vielmehr lassen sich alle denkbaren tatsächlichen Gestaltungen aus dem Gesichtspunkte des obligatorischen Vertrages beurteilen.[1]) Es seien die möglichen Beziehungen der Tradition zu obligatorischen Verträgen nachstehend angegeben.

In der Hingabe unter der ausdrücklichen Bedingung einer Handlung des Empfängers und der Annahme im Bewußtsein dieser Bedingung liegt alles, was zum Zustandekommen eines Vertrages auf Vornahme der Handlung des Empfängers gefordert werden kann.[2]) Richtig ist freilich, daß dies nicht immer ein zweiseitiger Vertrag sein muß. Denn wie bei dem Naturalkauf z. B. von Speisen am Buffet, die Erfüllung von beiden Seiten sofort erfolgt, ohne daß man für einen Moment eine Forderung als bestehend ansehen müßte, so kann es sich auch in betreff einer der Leistungen verhalten.[3]) Die Offerte: wenn Du gibst, werde ich tun, kann zugleich mit einem Versprechen: zu geben, acceptirt werden und führt dann zu einem zweiseitigen Vertrage, zu beiderseitiger Verpflichtung. Hingabe ist Erfüllung der einen Verpflichtung. Die Offerte kann aber auch acceptirt werden, ohne daß der Acceptirende sich selbst verpflichtet, und führt dann zu einem einseitigen Vertrage, zu einer einseitigen bedingten Verpflichtung. Hier ist die Hingabe Erfüllung der Bedingung für die Verpflichtung des Empfängers und steht mit dem Vertragsabschlusse in gar keiner Verbindung.[4])

Ebenso klar ist das Verhältnis, wenn die Offerte von dem Gebenden ausgeht, sobald nur die Tradition der Beredung nachfolgt. Die Offerte: ich verspreche zu geben, wenn Du tust: kann ebenfalls mit dem Versprechen zu tun oder ohne dasselbe angenommen werden und führt dann zu zweiseitiger oder einseitiger Verpflichtung. Eine Interpretationsschwierigkeit aber kann entstehen, wenn die Hingabe zugleich mit der obligatorischen Beredung erfolgt, und die letztere wie meistens in der Praxis nicht klar gefaßt ist.[5]) Gewiß ist, daß der Empfänger durch Annahme des angebotenen Eigentums auch in die zugleich gestellte obligatorische Offerte einwilligt und sich dadurch verpflichtet. Aber die Offerte könnte verschieden gedacht

---

[1]) Völlig übereinstimmend Wächter, Pand. II. § 220.

[2]) Sintenis § 109. N. 64. Windscheid § 428. N. 5.

[3]) Windscheid § 321. N. 10. — Das dort im Text zu N. 10a folgende ist wol nicht ganz klar.

[4]) Der practischen Gestaltung nach gleicht dieses Verhältnis dem classischen Innominatrealcontract.

[5]) Die Tradition kann auch suspensiv oder resolutiv bedingt sein, dann entsteht gar keine Frage.

sein, entweder: ich gebe, wenn Du versprichst zu tun, oder aber: ich gebe, wenn Du versprichst zurückzugeben im Falle, daß Du nicht tust.

Heute wird gewiß kein Richter anstehen, im Zweifel immer die erste Auffassung vorzuziehen und die zweite nur zulassen, wo sie deutlich erhellt. Haben die Römischen Juristen anders interpretirt? Das kann nicht gefolgert werden aus der Zulässigkeit der condictio ob causam, denn erstens würde man dann zu der unmöglichen Annahme kommen, daß die Entscheidung der Interpretationsfrage dem Belieben des Klägers anheim gefallen wäre. Vor allem aber ist die Condiction auch dann zulässig, wenn die Beredung deutlich im ersten Sinne auf Vollziehung der Gegenleistung gestellt ist. Nimmt man dazu die spätere allgemeine Zulässigkeit der act. praescriptis verbis, welche auch bei modaler Schenkung und modalem Legat eintritt, so kann man nur die heutige Interpretation als die richtige und auch als die von den Römern anerkannte bezeichnen. Die scheinbaren Abweichungen des Römischen Rechts sind daher auf historische Verhältnisse zurückführen.

Schließlich ist die Beweisfrage zu berühren. Man streitet, ob bei den condictiones ob causam datorum Kläger oder Beklagter den Nichteintritt der causa beweisen müsse. Die Meinungen stehen sich schroff und gleichgeteilt gegenüber,[1]) die Argumente sind wie meist in den Beweisfragen beiderseits nicht recht greifbare. M. E. kann keine von beiden Ansichten ganz befriedigen, weil unter den c. causa non secuta ganz heterogene Verhältnisse sich befinden, für welche verschiedene Beweisregulirung gilt.

Für alle Fälle der Condictionen müssen nach unserer Auffassung dieselben Regeln gelten, wie bei allen anderen Verträgen. Nemlich die Erfüllung der Bedingung, an welche der Anspruch geknüpft ist, hat immer der Kläger zu erweisen, ebenso den Inhalt des Vertrags in allen seinen Beziehungen auf Gegenstand, Zeit, Ort etc. Aber daß Erfüllung des Anspruchs noch nicht eingetreten sei, gilt nicht als Bedingung desselben, vielmehr Eintritt der Erfüllung als ein Aufhebungsgrund des Anspruchs, den natürlich Beklagter zu beweisen hätte. Damit wäre die Frage für die Condiction bei Innominatrealcontracten, vollständig erledigt, wenn man nur festhält, daß die Obligation, der Anspruch bei denselben immer auf Erfüllung der Gegenleistung geht, daß die Rückgabe des Empfangenen nur als Inhalt der Klage, der Condemnation anzusehen ist. Also ist das Nichteintreten der vorausgesetzten Handlung des Empfängers gleich der Nichterfüllung des Anspruchs und daher nicht vom Kläger zu beweisen. Dann tritt nach den gewöhnlichen Grundsätzen auch für diese Condiction die

---

[1]) S. Angabe bei Windscheid § 429. N. 1. Dazu Brinz (2) II. S. 540 für den Kläger.

gleiche Beweislast ein wie für die act. praescriptis verbis, was schon aus inneren Gründen selbstverständlich ist.[1])

II. Rückgabeverträge.

So richtig es ist, daß nicht alle condictiones ob causam auf einem Vertrage beruhen, so unrichtig wäre die Behauptung, daß diesen Klagen niemals ein Rückgabevertrag zu Grunde liege. Vielmehr lehrt ein Blick auf die überlieferten Quellenentscheidungen daß die Hauptfälle der condictio causa non secuta für sich allein betrachtet als Rückgabeverträge gefaßt werden können und müssen. Und zwar nach den einfachsten und allgemeinsten Gesichtspunkten. Nur wenige Fälle der Quellen erscheinen als die oft bezweifelten „stillschweigenden Verträge". Auch bei diesen Fällen aber rechtfertigt sich unsere Annahme durch die bezeugten Tatbestandsmomente. Wir beginnen mit der zweifellosesten Gruppe.

1) Es liegt eine ausdrückliche und vollständige Willenserklärung vor, welche aber nur in ein kurzes Schlagwort zusammengefaßt ist. In einigen dieser Fälle ist die Vertragsnatur des Tatbestandes auch nicht bestritten.

Hingabe als Angeld, Arrha, enthält den Abschluß eines Vertrages, des pactum arrhale, dessen Inhalt freilich ein verschiedener sein kann, welcher regelmäßig aber auf Rückgabe unter gewissen Umständen sich bezieht. Daher concurrirt auch mit der Condictio die Vertragsklage.[2])

Eigentumsübertragung behufs Constituirung des Quasiusufructus, sowie behufs Collation an die Miterben gehören auch hierher.[3]) Ebenso Mitgiftbestellung, doch werden wir diesen Fall besser in einer andern Gruppe betrachten.

Schenkung auf Todesfall endlich ist ebenfalls als Rückgabevertrag anerkannt, weshalb man auch die act. praescriptis verbis für anwendbar hält.[4]) Der Thatbestand des Vertrages liegt darin, daß die Zuwendung erklärtermaßen nur dann Geltung und Wirksamkeit haben soll, wenn der Schenker den Beschenkten nicht überlebt.[5]) Abgesehen von dem Falle, wo

---

[1]) So auch Windscheid a. a. O. N. 5.

[2]) l. 11 § 6. 19. 1.

[3]) l. 5 § 1. 7. 5, l. 13. 12. 4, l. 3 § 5. 37. 6. — Auf der letztwilligen vertragsähnlichen Willenserklärung beruht die Rückforderung in dem von Hartmann R. d. Vermächtnisse S. 51 erwähnten Falle, daß Quasiusufructus durch Vindications-Legat constituirt war.

[4]) S. Savigny IV S. 243. 255. Windscheid § 396. N. 3 — l. 18 § 1 ht.: si convaluiset donator — *in factum actione* reciperet. L. 30 ht. aber bezeichnet mit utilis actio wol eine act. in rem.

[5]) Auch die auf den Tod eines Dritten gestellte Schenkung wird als mortis causa capio bezeichnet, l. 18 pr. 39. 6. Ob sie der eigentlichen m. c. don. ganz gleichzustellen ist? Ich glaube nicht; so Sav. IV. 243; anderer Ansicht Erxleben II. S. 168, Wendt S. 54.

die Zuwendung nur suspensiv erfolgt ist, kann die Beschränkung der Zuwendung durch Resolutivbedingung bei der Tradition erfolgen. Wo diese weitergehende Absicht nicht deutlich hervortritt, ist als der mindeste Inhalt der wirklich vorhandenen, nur nicht scharf ausgeprägten Vertragserklärung die obligatorische Rückforderung der Zuwendung anzusehen.[1]) Wichtig wird uns dieser Fall, weil wir hier über den Gegenstand des Rückforderungsanspruches Aufschluß erlangen können.

Es gibt zwar auch hier nur wenige direct auf den Gegenstand der Rückforderung bezügliche Entscheidungen; doch da, wie erwähnt, auch die act. praescriptis verbis hier zulässig ist, so dürfen wie die sonst bei derselben geltenden Regeln auch hier zur Anwendung bringen. Denn daß der Gegenstand der concurrirenden Condiction von dem der act. praescriptis verbis nicht abweicht, ist hier noch weniger zu bezweifeln als bei den Innominatcontracten.[2])

Danach steht der Beschenkte der erhaltenen Sache gegenüber wie der Verkäufer der verkauften, noch nicht tradirten. Er muß sie mit Früchten und Erweiterungen restituiren[3]) und bei absichtlicher Zerstörung oder Veräußerung den Wert ersetzen.[4]) Wurde die Sache verkauft, so hat Schenker die Wahl zwischen dem Sachwert und dem Kaufpreis.[5]) Ferner ist nach den in l. 17 § 2—5. 19. 5 aufgestellten Grundsätzen anzunehmen, daß der Beschenkte zwar für jede culpose Beschädigung einsteht, aber nicht die Gefahr der Sache trägt, weil dieselbe sich einerseits mit dem Willen des Gebers bei ihm sich befindet und anderseits das ganze Geschäft nicht seinem Vermögensinteresse zu dienen bestimmt ist.

Was nun die übrigen hergehörenden Fälle betrifft, so geht beim Quasiususfructus die Gefahr vollständig auf den Empfänger über. Bei den andern Verhältnissen aber sind die eben dargestellten Grundsätze anzuwenden, da das Geschäft zwar nicht im Interesse des Empfängers geschlossen erscheint, da derselbe aber weiß, daß er die Sache nicht unbedingt und nicht für immer zu eigenem Vorteile erhalten hat.

Nicht in diese Gruppe gehört die Hingabe mit vertragsmäßigem Veräußerungsverbot. Es ist zwar bei Verletzung des Verbotes die Condi-

---

[1]) Natürlich beruht das freie Widerrufsrecht des Schenkers nicht notwendig auf dem Parteiwillen, sondern auf einer Dispositivnorm. Daher ist dieser Punkt auch in der letzten Gruppe (5) zu erwähnen.

[2]) So auch Windscheid a. a. O. Savigny aber glaubt, daß der Inhalt der beiden möglichen Klagen nicht gleich sei. S. 256 flg.

[3]) l. 12. 12. 4, l. 38 § 3. 22. 1. Erweiterung des Geschenkes ist es auch, wenn die gegebene fremde Sache ersessen wurde, l. 13 pr. ht.

[4]) l. 39 ht., l. 19 i. f. ht. scheint speciell von Weiterschenkung zu sprechen: alii porro dederit.

[5]) l. 37 § 1 ht.

cirung anerkannt in c. 3. IV. 6, aber die Parteiabsicht war nicht darauf, sondern auf Einhaltung des Verbotes gerichtet. Das Verhältnis ist also wie alle Schenkungen sub modo den Innominatcontracten gleichzuachten. Die Rückforderung ist in Ermanglung einer Conventionalstrafe das allein mögliche Object des Erfüllungsanspruches.

2) Es ist ein Rückgabevertrag geschlossen, welcher aber nur auf bestimmte Eventualitäten Rücksicht nimmt; wenn nun ein nicht vorgesehener Fall eintritt, so ist die Frage, ob doch die Rückgabe stattzufinden hat, nach den Grundsätzen der Willensinterpretation auf Grund der ausdrücklich erfolgten Beredung zu entscheiden. Selbstverständlich aber sind die durch ergänzende Interpretation eines Vertrages zu ermittelnden Rechtsfolgen auch vertragsmäßige, d. h. nach den Regeln des Vertragsrechtes zu beurteilende.

Der wichtigste Fall dieser Art ist die Bestellung einer Mitgift vor Abschluß der Ehe.[1]) Dosbestellung ist als zweiseitiger obligatorischer Akt anerkannt, aber derselbe bezieht sich mit seinen entweder detaillirten oder in der Bezeichnung des Gegebenen als Dos summarisch gefaßten Bestimmungen zunächst nur auf den Fall der Auflösung der Ehe. Wenn die Ehe nun gar nicht zum Abschlusse gelangt oder zwar äußerlich geschlossen aber ungiltig ist, so ergibt sich auch für diesen Fall die Rückforderung des Hingegebenen mit Notwendigkeit aus der Absicht und dem Zwecke des ganzen Geschäftes. Man würde über diese Entscheidung auch ohne Anhalt in den Quellen nie in Zweifel gewesen sein. Wenn die Römer hier trotzdem nicht die normale zur Rückforderung der Dos bestimmte Klage, sondern eine Condiction in Anwendung bringen, so erklärt sich das wol einfach aus dem familienrechtlichen Character der a. rei uxoriae.[2]) Diese Beziehung findet sich angedeutet in l. 3 ht.:

> dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt, neque enim dos sine matrimonio esse potest.

Jedenfalls ist von den vorhandenen Entscheidungen keine, welche nicht vollkommen mit der Zurückführung des Anspruches auf den Dotalvertrag übereinstimmen würde. Namentlich kommt in Betracht l. 74 ht., nach welcher auch die fragliche Condiction das Dotalprivilegium genießt.

Die Verpflichtung des Gebers, die Mitgift dem Empfänger zu belassen, entsteht sofort, auch wenn die Hingabe vor Abschluß der Ehe erfolgte. Es kann hier also erst dann zurückgefordert werden, wenn gewiß

---

[1]) Natürlich kommt nur der Fall in Betracht, wo das Eigentum unbedingt übertragen wird. Daher gehört l. 9 § 1 ht. gar nicht in unser Gebiet (verb: quia pendet donatio i. e. traditio in diem nuptiarum).

[2]) S. darüber Czyhlarz, Dotalrecht, S. 32 flg.

ist, daß die Ehe nicht zu Stande kommen wird, bei bestehendem Verlöbnisse also erst nuntio remisso.[1]) Aus dem gleichen Gesichtspunkt wird auch in l. 8. 12. 4 die dort gegebene Entscheidung gerechtfertigt. Die Ehe ist mit einer Person geschlossen, die noch nicht das erforderliche Alter hat, ist also ungiltig. Aber bevor nicht die Ungiltigkeit declarirt und das faktische Zusammenleben aufgehoben ist, kann die Dos nicht gefordert werden. Einmal weil sie zur Bestreitung der Ehelasten bestimmt ist und diese vorläufig noch fortdauern, dann weil die Ehe tractu temporis convaliren kann. Die Aussicht auf den Bestand der Ehe schließt nach der Absicht des Vertrages die Rückforderung aus, gerade so wie die Aussicht auf Entstehung der Ehe während der Dauer des Verlöbnisses.[2])

Was den Umfang des Rückforderungsanspruchs betrifft, so muß er hier gerade so bestimmt werden wie bei den normalen Fällen, nur mit der aus der Absicht des Geschäftes resultirenden Erweiterung, daß der Empfänger auf die vor Abschluß der Ehe, als vor Beginn der Ehelasten gezogenen Früchte keinen Anspruch hat.[3]) Jedenfalls haftet der Empfänger für culpa.

Einen weiteren Fall dieser Gruppe enthält l. 15 § 1. 12. 6. Es sind fremde Geldstücke zu Darlehen gegeben worden. Erhält der Empfänger von diesem Umstande Kenntnis, bevor er sie consumirt hat, so erwirbt er nicht mehr das Eigentum an denselben, der Darlehensanspruch kommt daher nicht zur Entstehung. Wenn nun der Empfänger, wie selbstverständlich, wenigstens den Besitz der erhaltenen Geldstücke restituiren muß, so kann diese Verpflichtung nur aus dem vollen Inhalt des Vertrages abgeleitet werden. Daher muß er auch in diesem Falle die Gefahr des Gehaltenen tragen.

Ferner sind hierher zu ziehen zwei Stellen, wo zwar nicht die Condictio genannt ist, wo eine solche aber zweifellos neben der act. praescriptis verbis zulässig gewesen wäre. L. 19 pr. 19. 5 bespricht den Fall, daß jemandem eine Sache gegeben wird, damit er sie verkaufe und den Erlös als Darlehen behalte. Verkauft er die Sache aber nicht, so ist natürlich auch die Rückforderung begründet. Und sie beruht auf dem richtig verstandenen Vertrage, obwol in demselben dieser Gestaltung nicht ausdrücklich gedacht ist.[4])

---

[1]) l. 7 § 3, l. 8. 23. 3. vgl. l. 21 cod., l. 10. 23. 1 l., 6. 12. 4.

[2]) l. 8 cit.: donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti posse, quam quod sponsa sponso dederit dotis nomine donec maneat inter eos ad finitas.

[3]) Z. B. l. 38 § 1, § 12. 22. 1. — Die Motivirung in § 1 hat zu vielen Erörterungen Anlaß geboten. S. Hartmann, Oblg. S. 267 flg. Die Anordnung der Culnahaftung ist aus der Stelle aber nicht zu beseitigen.

[4]) Es wird die a. pr. verbis angeraten, tutius est. Zur Wahl kann nur

L. 9 § 3. 4. 3 setzt voraus Übergabe einer streitigen Sache an einen Sequester zum Verkaufe und zur Aufbewahrung des Preises, donec inter vos dijudicetur. Der Gegner aber läßt es nicht zum Judicium nud zur Entscheidung des Streites kommen. Labeo noch meint, es gebe keine Klage wider den Sequester nondum impleta condicione depositionis. Pomponius aber gewährt die act. praescriptis verbis ohne weitere Begründung, da ja die freiere Interpretation des Parteiwillens die Herausgabe als selbstverständlich erscheinen läßt.

L. 15. 12. 4 dagegen braucht gar nicht unter unsere Rubrik gestellt zu werden, da ja nach dem Wortlaut die ausdrückliche Bedingung des Rückgabevertrages eingetreten ist.[2])

Was die Beweislast betrifft, so wird es bei allen erwähnten Fällen keinem Zweifel begegnen, daß die Bedingung der Rückforderung vom Kläger als eingetreten darzutun ist. Also Auflösung oder Nichteintritt der Ehe bei Dotalforderung, das Überleben bei Schenkung auf Todesfall u. s. w. Die gleiche Entscheidung muß daher auch für die noch zu erwähnenden analogen Fälle gelten.

3) Besonderer Stellung bedürfen drittens die Fälle, wo die Rückforderung auf einem „stillschweigenden Vertrage" beruht. Sie unterscheiden sich von denen der beiden vorhergehenden Gruppen dadurch, daß eine obligatorische Beredung der Rückgabe gar nicht stattgefunden hat. Trotzdem ist eine obligatorische Verpflichtung nach den Regeln der Willensinterpretation anzunehmen, da in dem Tatbestande „concludente Handlungen" vorliegen, welche einen sicheren Schluß erlauben, daß der Geber einen eventuellen Anspruch auf Rückgabe erwartet hat, der Empfänger die Pflicht zur Rückgabe zu übernehmen bereit war oder doch als vernünftiger, redlicher Mann hätte bereit sein müssen. Zu betonen ist als besonders wichtig, daß in dem Tatbestand der hierhergehörigen Quellenstellen nicht blos eine beliebige erkennbare Absicht des Gebers figurirt, deren Bedeutung etwa durch abstracte psychologische Beziehungen zu bestimmen wäre, sondern daß ausdrücklich weitere Umstände genannt sind, welche diesen Schluß auf den Rückgabewillen ermöglichen.

---

die Condiction stehen, warum ist sie weniger sicher? Ich meine, weil der Inhalt des Anspruchs alternativ auf den Erlös oder die Sache sich richtet.

[2]) Cum servus tuus insuspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quaestionem *sub ea causa, ut si id in eo repertum non esset, redderetur tibi.* is eum tradidit praefecto vigilum quasi in facinore deprehensum, praefectus eum summo supplicio adfecit. ages cum Attio dare eum tibi oportere, quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit.

Wenn an einen unbeauftragten Stellvertreter des Gläubigers gezahlt wird, so wird regelmäßig die cautio de rato beigefügt. Aber auch wenn sie unterblieben ist, findet Rückforderung mittelst Condiction statt.[1]) Wir müssen den vorausgesetzten Fall scharf unterscheiden von dem andern, wo der Vertreter des Gläubigers für bevollmächtigt gehalten wird. Hier nämlich kann die Leistung blos animo solvendi erfolgen, da der Schuldner die Ansicht hat, die Leistung sei dem Willen des Gläubigers gemäß, befreie ihn daher sofort. Die Rückforderungsklage, welche hier entstünde, wenn der Empfänger doch nicht bevollmächtigt wäre, wäre entweder die condictio indebiti oder die condictio furtiva, je nachdem der Emfänger wußte oder nicht, daß er nicht bevollmächtigt sei. Steht dagegen zwischen den Parteien fest, daß der Empfänger nicht Bevollmächtigter des Gläubigers ist, so kann des Gebers Absicht nur sein, das Eigentum vorläufig zu übertragen zum Versuche, die Ratihabition des Gläubigers zu erzielen, dasselbe aber wieder zurückzuerhalten, falls die Ratihabition nicht erfolgen sollte.[2]) Der Empfänger aber, der weiß, daß er im fremden Namen empfängt, kann, abgesehen von animus furandi, nur die Absicht haben, das Erhaltene nicht für sich zu behalten, sondern es entweder dem Gläubiger oder, falls dieser nicht acceptirt, wieder dem Geber herauszugeben. Aus dieser bei der Tradition ausgesprochenen beiderseitigen Absicht folgt mit Sicherheit der beiderseitige Wille der Rückgabe.

Die Quellen bestätigen die Auffassung des Verhältnisses als vertragsmäßiges. L. 8 pr. 4. 6. 3 ist wol direct auf eine Beredung der Rückgabe zu beziehen. L. 14. 12. 4 hebt hervor, daß die condictio ob causam datorum zustehe und nicht die condictio indebiti. Und l. 58 pr. 46. 3 entscheidet, daß die Rückforderung erst dann zustehe, wenn sicher ist, daß die Ratihabition nicht erfolgen werde, woraus sich ergibt, daß sogar auch auf Seiten des Gebers eine Verpflichtung entstanden ist, den Versuch zur Ratihabition zuzulassen.[3])

In ähnlicher Weise ist zu unterscheiden, wenn auf Grund einer alternativen oder generischen Obligation zuerst eine Teilleistung, dann eine weitere vollständige Leistung erfolgt ist. Wurde nämlich die Teilleistung in der irrigen Meinung gemacht, damit die Schuld zu tilgen, so entsteht, wie schon oben erwähnt, die condictio indebiti. Die Quellen sprechen nur von

---

[1]) S. die Stellen bei Windscheid § 427 N. 4. 5. Erxleben II. S. 190 bis 198.

[2]) So auch Erxleben S. 193: „Die Zahlung an einen unbeauftragten Geschäftsführer geschieht daher auch von Seiten des Schuldners, welcher ihn als solchen kennt, stets mit der bewußten Absicht, das Gegebene zurückzufordern, sobald die erwartete Genehmigung nicht erfolgt.“

[3]) Vgl. l. 12 § 4. 46. 3, l. 12 § 12. 46. 8.

dieser Klage, müssen also auf den eben erwähnten besonderen Fall bezogen werden.[1]) Aber es ist auch das andere zu berücksichtigen, daß die Leistung nicht als genügende Erfüllung angesehen wird, weder vom Geber, noch vom Empfänger. Dann kann die Absicht der Parteien nur sein, das Eigentum vorläufig zu übertragen, um die Sache in den Gewahrsam des Gläubigers zu bringen, ohne daß dadurch die bestehende Obligation beeinflußt würde. Der Empfänger, der die Teilleistung nicht als teilweise Erfüllung gelten läßt, muß wissen, daß ihm die Sache nicht definitiv zukommt, daher kann in der Annahme derselben unter solchen Umständen der Verpflichtungswille gesehen werden. Zur Bestärkung dieser Auffassung kann auf die Verpflichtung hingewiesen werden, welche beim Genuskauf den Käufer trifft, die angenommene aber als nichtempfangbar erkannte Waare mit Sorgfalt zu behandeln und herauszugeben.[2]) Diese Verpflichtung, welche notwendig auch auf den Empfang auf Grund aller sonstigen Ansprüche auszudehnen ist, ist eine einfache Forderung der bona fides des Verkehrs, juristisch aber kann man sie entweder auf das unterliegende Geschäft oder wol richtiger auf den im Geben und Nehmen als Erfüllung liegenden Willensact zurückführen.[3]) Umsomehr nun muß eine stillschweigende Willenserklärung dieser Art in unserem Falle gefunden werden.

Mit den vorstehenden beiden Fällen steht auf ganz gleicher Stufe die Ausstellung eines Schuldscheins oder einer Quittung, die vor erfolgter Zahlung, aber in Erwartung derselben geschieht.[4]) Schuldschein und Quittung sind blos Beweismittel und, falls ihre Unrichtigkeit bewiesen oder zugestanden ist, ohne Einfluß auf die rechtliche Lage. Die Ausstellung derselben im Bewußtsein ihrer Unrichtigkeit kann daher unter vernünftigen Leuten nur unter weiteren Umständen erfolgen, welche diesem Acte seine wahre Bedeutung erst verschaffen. Dazu gehört in erster Linie ein Versprechen des Empfängers, die im Voraus zu bezeugende Leistung nachzutragen. Es liegt also in unseren Fällen factisch ein Einverständnis und eine Vereinbarung der Parteien vor. Sie ist freilich nicht direct auf Rückgabe der Urkunde bei Unterbleiben der Zahlung gerichtet, aber dieser Sinn folgt nach den einfachsten Interpretationsregeln. Und eine unabweisbare Consequenz dieser Auffassung ist, daß der Empfänger des Documents für den Schaden haftet, der etwa durch sein Verschulden ent-

[1]) l. 26 § 13. 14. 12. 6, l. 34 pr. 46. 3. S. Windscheid § 427 N. 5, wo richtig auf das folgende hingewiesen ist.

[2]) Für das gemeine Recht s. Windscheid § 396 N. 23, für das moderne Handelsgesetz art. 348. 1)

[3]) S. die verschiedenen Ansichten über diesen Akt, Windscheid a. a. O. N. 22.

[4]) c. 4. IV. 9, c. 7. IV. 30, c. 21. 23. VIII. 43.

steht. So, wenn er den auf den Überbringer lautenden Schuldschein oder eine Quittung verliert, auf Grund welcher dann von einem Unberechtigten die Löschung einer Hypothek bewirkt wird.

4) Ganz ähnliche Rechtsverhältnisse, wie die zuletzt besprochenen, liegen vor in einigen Quellenstellen, welche einen Rückforderungsanspruch versagen. Ist unsere Auffassung der besprochenen Verhältnisse als stillschweigender Rückgabeverträge richtig, so muß sich aus derselben auch die fragliche Versagung der Rückforderung erklären lassen. Nur steht dieser Erklärung eine Schwierigkeit entgegen. Denn wie die Normen des Vertragsrechtes lauten, wann ein stillschweigender Vertrag als vorhanden anzunehmen ist, das muß natürlich als Grundlage unserer Beweisführung feststehen, das kann nicht auch gleichzeitig erwiesen werden. Und leider steht die Lehre von den stillschweigenden Willenserklärungen keineswegs so fest, als es wünschenswert wäre.[1]) Aber der Grundsatz ist doch anerkannt, daß aus concludenten Umständen eine Willenserklärung durch Interpretation erschlossen werden kann und man wird sich über die richtige Interpretation wenigstens bei den handgreiflichsten Fällen verständigen.

In folgenden drei Stellen fällt die Rückforderung weg, weil es an einem genügenden Vertragsinhalt fehlt. l. 3 § 7. 12. 4:

> — quamquam constet, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum.

c. 25. II. 4:

> si — transegistis vel ei debita donationis causa sine aliqua condicione remisistis, non idcirco, quod hoc huius hereditatis captandae causa, id est spe futurae successionis, vos fecisse proponatis, aliis ei succedentibus instaurari finita debent.

c. 34. eod.:

> cum donationis seu transactionis causa administratae tutelae debiti scientes vos obligationem fratri vestro remisisse proponatis, — nec ad implendum promissum hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur.

Man kann hier vielleicht auch annehmen, daß die Absicht des Gebers nicht erkennbar genug für den Empfänger hervorgetreten sei, und daß darum keine Rückforderung stattfinde.[2]) Dann würde aus diesen Stellen der Satz bestätigt werden, daß die Unkenntnis der wahren Sachlage —

---

[1]) Mit Genugtuung begrüße ich daher die hierauf bezüglichen Erörterungen von Leonhard, Irrtum bei nichtigen Verträgen, I. 1882, obwol ich ihnen sonst vielfach nicht zustimmen kann.

[2]) So Witte S. 92. Auch Windscheid, Voraussetzung S. 90—92 kommt

hier der Erwartung des Gebers — die Concludenz der Handlung ausschließt — hier die Annahme eines Verpflichtungswillens beim Empfänger ausschließt. Allein einfacher erklären sich die Entscheidungen nach dem Gesichtspunkte des Vertrages, denn selbst wenn eine ausdrückliche Erklärung, promissum, nicht blos *spes* vorliegen würde, könnte kein Anspruch in diesen Fällen entstehen, im ersten nicht, weil der Gegenstand der Leistung amiciorem esse, remunerari zu unbestimmt ist, in den andern beiden nicht, weil das promissum futurae successionis gesetzlich ungiltig ist.

Wichtiger sind drei weitere Stellen. Bei einer derselben wäre wol auch die Annahme möglich, daß die Absicht des Gebers nicht erkennbar gewesen,[1]) nemlich bei c. 7. IV. 6:

> si repetendi, quod donabas uxori eius, quem ad proficiscendum tecum huiusmodi liberalitate provocare proposueras, nullam addidisti condicionem, remanet integra donatio, cum levitati perfectam donationem revocare cupientium iure occurratur.

Die andern zwei Stellen lassen aber die Erklärung aus der Nichterkennbarkeit der Absicht des Gebers durchaus nicht zu. l. 52. 12. 6:

> damus aut ob causam aut ob rem. ob causam praeteritam veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est: ut etiam si falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit. ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit.

l. 65 § 2. 4 eod.:

> id quoque quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse. — — quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem, veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris.

Denn der Tatbestand ist für die beidemale einander entgegengesetzten Fälle in ganz gleicher Weise bezeichnet, sodaß man es als eine nachlässige, ja ganz unzulässige Darstellung halten müßte, wenn in dem einen der Fälle noch ein weiteres Moment zu subintelligiren wäre.

Die anderweitigen Erklärungen, daß hier die „erste Absicht" auf Schenkung gehe, daher erreicht werde,[2]) daß der „Charakter der Leistung" hier durch das Motiv nicht beeinflußt werde,[3]) sind vielleicht an sich mög-

---

teilweise darauf zurück, obwol er zunächst in sehr gewundener Weise mit der „Ersten Absicht" argumentirt.

[1]) So Erxleben II. S. 66.

[2]) Windscheid, V. S. § 9. 86.

[3]) Witte S. 55. 56.

lich, aber nicht genügend, sobald wir die hervorgehobenen Gesichtspunkte nicht als maßgebend annehmen können.

Von unserem Standpunkte aus beruhen die vorliegenden Entscheidungen auf folgenden Gedanken. Um einen Rückgabevertrag anzunehmen genügt es nicht, daß ein beliebiger Umstand als ein wichtiges Motiv für die Hingabe hervorgetreten und auch vom Empfänger als solches erkannt worden sei. Erfolgte jedoch die Hingabe erkennbar in der Erwartung einer Handlung des Empfängers, so liegt in der Annahme von Seiten desselben in Kenntnis dieser Erwartung allerdings ein Versprechen der Vornahme der Handlung, aus welchem sich ein Erfüllungs- oder Rückforderungsanspruch ergibt. Natürlich gelten diese Sätze nur für die gewöhnlichen Fälle und können bei besonderen Umständen sich modificiren. Erwähnen wir beispielsweise, daß der zweite Punkt nach der Natur der erwarteten Handlung eine Ausnahme erleiden kann, wenn dieselbe nemlich blos dem Interesse des Empfängers entsprechend erscheint, der anzunehmende Vertrag also einem mandatum mandatarii gratia gleichkäme.[1]) Ferner, daß bei dem ersten Punkte unter besonderen Umständen nach den Regeln vernünftiger Interpretation auch ein stillschweigender Vertrag und Rückgabeanspruch anzuerkennen ist. Aber die vorliegenden Stellen sprechen eben nur von den gewöhnlichen einfachen Fällen.

Bei dieser Auffassung also finden wir in den besprochenen Stellen gar nichts Auffälliges, sie enthalten einfach das Resultat vernünftiger Willensinterpretation, wie sie im ganzen Rechtsgebiet anzuwenden ist, und entsprechen damit vollkommen unsern bisher aufgestellten Ansichten.

5) Die vorstehenden Ausführungen sind zu vervollständigen durch die Erwähnung einiger Quellenentscheidungen, welche den bisher besprochenen immer zur Seite gestellt werden, welche denselben aber nur äußerlich ähnlich erscheinen. Es liegen hier ganz andere Rechtsverhältnisse vor und die Rückforderung beruht hier überall auf speciellen Rechtssätzen.

Dies trifft insbesondere zu bei der Schenkung zwischen Brautleuten und der donatio propter nuptias. Die für diese Verhältnisse im späteren Rechte aufgestellten Normen sind im einzelnen vielfach bestritten und unklar.[2]) Das Eine aber ist gewiß, daß sie weit über eine Geltendmachung oder Interpretation des Parteiwillens hinausgehen. Und es ist nur eine bequeme Formel für die gesetzliche Disposition, wenn es heißt, daß die Schenkung gemacht „gelte" unter Voraussetzung des Zustandekommens der Ehe.

---

[1]) Vgl. l. 2 § 3, l. 3. 39. 5.

[2]) Siehe die gute Darstellung von Erxleben II. S. 153 flg. Literatur bei Windscheid § 427 N. 13.

Mehr als Willensinterpretation ist auch die Regel, daß die Schenkung auf Todesfall als frei widerruflich gilt, wenn nicht das Gegenteil ausdrücklich bestimmt ist.[1]) Wir müssen diese Regel als eine einfache Präsumption ansehen, welche in einer meist recht unklaren Interpretationsfrage eine gleichmäßige Entscheidung herbeiführen soll. Daß die Vermutung für die Widerruflichkeit aufgestellt wurde, ist sehr begründet. Dafür spricht einmal das Römische Princip, keine Verträge über letztwillige Bedenkungen zuzulassen. Dann die Erwägung, daß diese Geschäfte zur Umgehung der Erbrechtssätze, namentlich der fiskalischen, leicht verwendbar waren, zur Verhinderung der Umgehung mußten sie den letztwilligen Verfügungen gleich behandelt werden.[2]) Kaum der Erwähnung bedarf, daß die gleiche Auffassung gilt für die bei Widerruf der Schenkung wegen Undank gewährte Condiction.[3])

Gesetzliche Ansprüche liegen endlich auch vor, erstens wenn der in erster Instanz Verurteilte vorläufig dem Urteil nachkommen muß, später aber in der Appellationsinstanz absolvirt wird.[4]) Der Leistende war zwar zur vorläufigen Zahlung sofort verpflichtet, es erwächst ihm aber sofort auch die Anwartschaft auf Rückersatz für den Fall des günstigen Appellationsurteils. Und diese Anwartschaft beruht auf dem Gesetze, braucht nicht durch Vorbehalt gesichert zu werden.

Weiter wenn der Leiher oder Mieter die erhaltene Sache verloren und dafür Ersatz geleistet hat und später die Sache in die Hände des Eigentümers gelangt.[5]) Der Leiher ist kraft Gesetzes zu Schadenersatz verpflichtet, aber nicht zu mehr, hat daher kraft Gesetzes von vornherein die Anwartschaft auf Rückgabe, wenn sich der Schade hinterher als kleiner herausstellen würde.[6])

---

[1]) Z. B. l. 16, l. 30 ht.

[2]) Wendt a. a. O. S. 52 flg. hält das Angeführte nicht für eine genügende „Erklärung" des Widerrufsrechtes, weil er die dispositive Natur der Regel verkennt.

[3]) Hier sei auch erwähnt, daß es unrichtig ist, wenn Windscheid V. S. 32 auf die Voraussetzung stützen will die Entscheidung, daß die Remission des Pachtzinses bei Mißernte nur als Stundung anzusehen ist, daher bei reicher Ernte das Nachgelassene zu ergänzen ist, l. 15 § 4. 19. 2.

[4]) l. 11. 49. 1.

[5]) l. 2. 12. 7.

[6]) Ganz unzulässig erscheint, daß Windscheid V. S. 32 auch bei der pollicitatio ob honorem einen Fall der „Voraussetzung" finden will. Es handelt sich um die gesetzlichen Erfordernisse der Giltigkeit des Geschäftes, und diese präcisirt l. 11. 50. 12 dahin, daß das Ehrenamt wirklich angetreten sein muß.

III. Leistung auf Grund ungiltiger Rückgabeverträge.

Eine Condiction findet sich anerkannt auch in den Fällen, wo auf Grund eines abgeschlossenen, aber nicht giltigen Rückgabevertrages geleistet wird. Man hat auch hier das Moment der Voraussetzung oder des vereitelten Zweckes herausgefunden und für das entscheidende gehalten, allein wol mit noch weniger Recht als sonstwo. Die faktisch geschlossene Rückgabeberedung wird darum nicht zur Voraussetzung, weil das Recht ausnahmsweise nicht die normalen Folgen daran knüpft.

Von unserem Standpunkt aus ist zunächst zu constatiren, daß die vorliegende Gruppe ausdrücklicher ungiltiger Verträge mit der vorigen Gruppe stillschweigender giltiger Verträge unmöglich zusammengeworfen werden kann.[1]) Was nun die richtige Auffassung und Einreihung der vorliegenden Fälle betrifft, so wird dieselbe erschwert sowol durch die Dürftigkeit der Quellenentscheidungen, als auch durch die ungenügende Darstellung der Lehre von der Ungiltigkeit der Verträge. Daher sei in letzterer Richtung folgendes vorausgeschickt.

Sehen wir zunächst auf andere Ungiltigkeitsfälle. Bei den meisten wegen Unerlaubtheit des Inhalts ungiltigen Verträgen ist keine weitere Verfügung getroffen, ist also der Rechtssatz nur ein negativer, welcher eine Beschränkung des allgemeinen Vertragsrechts statuirt. Bei den aus anderen Gründen ungiltigen zweiseitigen Verträgen, welche von einer Seite erfüllt sind, ist außer der Ungiltigkeit auch die Rückforderung des Geleisteten statuirt. Daß die zweite Bestimmung nicht unter die condictio indebiti subsumirbar ist, wegen des weiteren Umfangs der Condiction, haben wir schon oben S. 105 dargetan. Wir müßten also hier einen speciellen Rechtssatz aufstellen, oder aber wir folgern so. Ungiltigkeit des Vertrages will nur sagen: es treten nicht die normalen Folgen ein. Aber hier treten wenigstens andere obligatorische Wirkungen ein. Wir brauchen also nicht eine Ausnahme von der allgemeinen Vertragsnorm und einen ganz anderen besonderen Rechtssatz hier zu sehen, sondern besser nur eine Modification der Vertragsnormen, welche im Vertragsrecht zu behandeln ist, gerade so gut wie die ädilitischen Rechtsmitttel.

Und noch mehr ist diese Auffassung zutreffend bei den ungiltigen Rückgabeverträgen. Wenn etwas zu Darlehen oder als Dos gegeben wird, wegen unterlaufenen Irrtums aber oder aus sonstigen Gründen ein Vertrag nicht zu Stande gekommen ist, so findet zwar auch Rückforderung

---

[1]) In manchen der einschlägigen Fälle ist die Ungiltigkeit des Vertrages im Zweifel. Ist er als giltig anzusehen, so fällt er natürlich einfach in die vorige Rubrik.

des Gegebenen statt, aber die Fälle fallen nicht unter den allgemeinen Rechtssatz von der Giltigkeit der Verträge, sowol weil der Tatbestand mangelt, als auch weil die Modalitäten der Rückforderung andere sind, wie unten zu beweisen kommt. Trotzdem wäre es nicht passend, dieselben ganz aus dem Vertragsrecht auszuscheiden. Denn erstens ist der Tatbestand in der Hauptsache doch Abschluß eines Vertrages, zweitens müssen auch hier manche Regeln des Vertragsrechtes zur Anwendung kommen. So wird man nicht zweifeln, daß auch bei der Rückforderung in dem Fall der Ungiltigkeit des Darlehnsvertrages die Normen des S. C. Macedonianum und über die exceptio non numeratae pecuniae angewendet werden müssen. Ebenso sind bei einem ungiltigen depositum irregulare die Besonderheiten dieses Geschäftes für die Rückforderung maßgebend;[1]) und muß auch bei ungiltiger Dosbestellung dem Rückforderungsanspruch das Dotalprivilegium zukommen.[2])

Wir werden daher die Regeln von der Ungiltigkeit der Rückgabeverträge nicht blos als negative Rechtssätze, nicht blos in dem Sinne auffassen: hier finden die Sätze des Vertragsrechts keine Anwendung. Sondern wir geben ihnen die Bedeutung, daß hier den abgeschlossenen Beredungen eine modificirte Wirkung zukommt.

Die entgegengesetzte Darstellung im Römischen Recht erklärt sich einfach daraus, daß die fraglichen Sätze ihre Entstehung lediglich der Jurisprudenz verdanken. Dieselbe konnte mit den Mitteln ihrer Technik wol einerseits Ausnahmen von der allgemeinen Regel des Vertragsrechts schaffen, andererseits durch die ex aequo et bono statuirten Condictionen Rückforderungsansprüche gewähren. Aber sie konnte nicht so complicirte Sätze als civilrechtliche beweisen, wie sie aus der Vereinigung beider Normen sich ergeben.[3])

Bevor wir uns nun zur Betrachtung der einzelnen hierhergehörigen Fälle wenden, ist vorauszuschicken, daß in dem Falle gar keine Ausnahme von der allgemeinen Regel eintritt, wo fremde Sachen zu Darlehen gegeben sind, später aber das Eigentum davon dem Empfänger erworben wird. Der Darlehnsanspruch setzt zu seiner Entstehung allerdings Eigentumserwerb des Empfängers voraus, allein der Darlehnsvertrag ist giltig, wenn auch das Eigentum erst später erworben wird.[4]) Und er bleibt

---

[1]) S. Windscheid § 379. N. 5.

[2]) Arg. l. 74. 23. 3.

[3]) Ich verfolge hier den Gedanken, den ich schon verwertet habe in meinem *Error in substantia.*

[4]) Man sollte Ungiltigkeit oder Nichtigkeit unterscheiden von der Unwirksamkeit, welche schon nach den allgemeinen Rechtsregeln eintritt wie hier oder bei unmögl. Bedingungen. Nichtigkeit erfordert einen besonderen Rechtssatz!

sohin giltig, auch wenn vor dem Eigentumserwerb die Verhältnisse sich so ändern, daß er nicht mehr giltig könnte zu Stande kommen.[1]) Daher haftet in diesem Falle auch der für das Darlehen eingetretene Bürge, wenn auch natürlich erst von dem nachfolgenden Eigentumserwerb des Empfängers an.[2])

Ebensowenig enthalten etwas besonderes die Fälle, wo neben die das Darlehen bereits genügend begründende formlose Hingabe eine Stipulation gesetzt wird, die nun nicht giltig ist,[3]) denn der Darlehnsvertrag ist ja bereits giltig zu Stande gekommen.

a) Als Grund der Ungiltigkeit kann zunächst in Betracht kommen die Handlungsunfähigkeit des Darleihers. Hier jedoch ist die Ungiltigkeit des Vertrages nicht außer Zweifel. Vielfach zieht man nur den Einfluß der Handlungsunfähigkeit auf den Eigentumserwerb in Betracht, nicht aber den Einfluß derselben auf das obligatorische Geschäft. Man sieht also die Condiction, welche nach später erfolgender Consumption des Geldes entsteht, als die normale Darlehnsklage an.[4]) Auf diese Weise stellt man die Handlungsunfähigkeit nur als einen der Gründe dar, welche den Eigentumsübergang hindern und dadurch die Vollendung des Darlehnsvertrags vereiteln oder verzögern. Man stellt also unsere Fälle mit den eben vorher erwähnten in eine Reihe.

Daß diese Auffassung unzureichend ist, ergibt die einfache Erwägung, daß die Handlungsunfähigkeit nicht nur auf dingliche Veräußerungsgeschäfte, sondern auch auf die belastenden obligatorischen Geschäfte einwirkt. Das ist nur für den Minderjährigen nicht zweifellos, wol aber für den Unmündigen und den Geisteskranken, für die letzteren gelten daher unsere Ausführungen jedenfalls.[5]) Belastende obligatorische Wirkungen können aber die Realcontracte auch für den Geber haben. Man denke bei Darlehn an Vertragsbestimmungen über Nichtkündbarkeit, über Ort und Münzsorte der Rückzahlung, von der Hingabe zu Dos gar nicht zu reden. Daß diese Verabredungen über das Behaltendürfen des Darlehns oder der Mitgift in unseren Fällen nicht giltig sein können, ist ebenso klar als wie das

---

[1]) So entscheiden l. 12 i. f., l. 13 § 1. 12. 1, l. 24 § 2. 44. 7.

[2]) l. 56 § 2. 6. 1. — Daher muß auch das für das Darlehen bestellte Pfandrecht giltig sein. Dernburg, Pfandr. I. S. 550. L. 41. 12. 1 widerspricht dem nur scheinbar.

[3]) l. 9 § 4—7. 12. 1.

[4]) So Witte, S. 290. Windscheid, § 370. N. 6—8. Dogmengeschichtliches über die c. de bene depensis und c. Juvenciana bei Heimbach, Creditum S. 206 flg.

[5]) Literatur der Frage Windscheid, I. § 71 N. 7. 8. Brinz, I. § 55 für Minderjährige gut Jhering, Jahrb. 12. S. 347 flg.

andere, daß die Bestimmungen des Vertrags nicht auseinandergerissen und verschieden behandelt werden dürfen. Man muß daher den ganzen Vertrag für ungiltig halten, nicht wenn und weil das Eigentum des Gegebenen dem Empfänger nicht erworben wird, sondern auch wenn der Eigentumserwerb später supplirt wird. Der Rückforderungsanspruch ist also nicht der normale vertragsmäßige, sondern ein anormaler eigenartiger.[1])

Die vorstehende Argumentation ist so zwingend, daß man sie wird gelten lassen, wenn auch aus den Quellen ein entscheidender Beweis für die diesseitige Ansicht nicht zu gewinnen ist, wenn dieselbe nur mit den Quellen zu vereinigen ist. Für die Auffassung des Falles im Allgemeinen kommen in Betracht l. 19 § 1. 12. 1, l. 9 pr. 26. 8. Davon steht uns die zweite nicht im Wege, wenn sie auch nur die Unmöglichkeit der Veräußerung von Seiten des Pupillen als Grund der Ungiltigkeit des Darlehens hervorhebt. Denn daß einmal für eine Entscheidung eine nicht ganz richtige oder gar nur nicht ganz vollständige Begründung gegeben wird, kann unsere theoretische Auffassung und Construction des Falles niemals beirren. Die erste Stelle aber spricht eher für uns, wenn sie sagt, die Rückforderung werde nach der erfolgten Consumption begründet

> *non alia ratione*, quam quod facto eius (sc. pupilli) intellegitur ad eum qui acceperit, pervenisse.

Es wird also der Vertrag als Quelle der Rückforderung nicht angesehen, mithin offenbar seine Ungiltigkeit angenommen.

Viel wichtiger als diese allgemeinen Andeutungen über die Auffassung der Römer wären Entscheidungen über den Inhalt und die Modalitäten des Rückforderungsanspruches. Sie würden die practische Differenz zwischen unserer und der herrschenden Ansicht direct betreffen und so sofort die Richtigkeit der einen oder der anderen erkennen lassen. Leider aber haben wir hier noch weniger als in andern Fällen einen Anhaltspunkt über die genauere Wirkung der zugesprochenen Condiction. Die formulirende Arbeit der Juristen hatte sich offenbar auf diese Punkte noch wenig erstreckt, die Entscheidung hierüber war noch dem Gewissen und dem Takte des Iudex oder seines juristischen Beraters überlassen, es fehlt also der äußere Anhalt, was hier als Inhalt des Römischen Rechts anzusehen ist.

Gleiches wie bei den eben besprochenen Fällen gilt auch für den nahe verwandten Fall, daß ein Gewaltunterworfener, der keine Administrationsbefugnis hat, einen Rückgabevertrag abschließt, indem er Vermögen des Gewalthabers weggibt gegen das Versprechen eventueller Rückgabe. Auch hier erwirbt der Empfänger nicht das Eigentum, kommt also schon deshalb

---

[1]) Für Ungiltigkeit des ganzen Geschäftes scheint zu sein Brinz, I. § 55, N. 31.

der Vertrag nicht zur Wirkung. Wenn aber durch einen weiteren Umstand doch der Eigentumserwerb vermittelt wird, erheben sich auch hier dieselben Fragen: unter welchen Modalitäten die bezeugte Rückforderung[1]) stattzufinden hat, ob der Anspruch als der normale vertragsmäßige anzusehen ist oder nicht? Innere Gründe sprechen auch hier gegen die Giltigkeit des Geschäftes. Denn durch den Gewaltunterworfenen kann der Gewalthaber nicht obligatorisch verpflichtet werden,[2]) es sind also die belastenden Bestimmungen des Vertrages ungiltig und damit tritt der Fall notwendig aus dem Kreis des allgemeinen Rechtssatzes heraus.

Was die Quellen betrifft, so ist auch hier nichts zu tun, als etwaige Bedenken gegen unsere Ansicht zu beseitigen. Zu Bedenken gibt hier Anlaß l. 67. 23. 3. Hier wird nemlich der Fall behandelt, daß eine Sclavin, die für frei gehalten wird, sich vermählt und eine Dos bestellt, die natürlich in das Vermögen ihres Herrn gehören würde. Die Entscheidung geht nun zunächst dahin, daß der Ehemann nicht das Eigentum der Dotalsachen erwirbt, daß dem Herrn die Vindication zusteht. Wenn aber die Vindication unmöglich geworden durch Usucapion oder Consumption, so wird weder der Frau, wenn sie auch frei geworden wäre, noch dem Herrn ein obligatorischer Rückforderungsanspruch gewährt. Ausdrücklich ist zwar nur der Dotalanspruch der Frau negirt, aber gleiches ist für den Anspruch des Herrn anzunehmen, da der dinglichen Rechtsmittel desselben zweimal, eines obligatorischen gar nicht gedacht ist, da es ferner heißt:

propius est ut existimem eum (sc. virum) lucrifecisse.

Daß nun diese Entscheidung nicht dem classischen Rechte entspricht, liegt auf der Hand. Wenn aus der Gabe zu Darlehn des Fugitivus nach l. 11 § 2. 12. 1 eine Condiction entsteht, warum nicht aus der Gabe zu Dos durch die für frei gehaltene Sclavin? Für diese Ansicht spricht auch deutlich die Entscheidung von

> l. 59 § 2. 23. 3: eius nomine quae libera videbatur, decem in dotem dedisti: eo casu habebis condictionem, quo habere potuisses si mulieris liberae nomine dedisses nec nuptiae secutae essent. si manumissa nupserit ita demum dos erit, si ea mente dedisti, ut quandoquidem secutis nuptiis dos esset. igitur si mulieri donaturus dedisti, dominus condicet, quemadmodum si cum, quis sibi donaturus esset, mulieri ipsum donare jussisset.

Da nun die vorliegende Stelle von Proculus herrührt, die anderen

---

[1]) l. 11 § 2. 12. 1, l. 19 pr. 46. 3.

[2]) Consequenzen davon zieht l. 19 pr. cit.

Stellen alle von späteren Juristen, so ist die schon oben im historischen Teil verwertete Annahme begründet, daß Proculus jene Condictionsfälle noch nicht anerkannt habe, die wir in diesem Abschnitte behandeln und die man als condictio Iuventiana bezeichnen könnte.[1])

Halten wir fest, daß in unseren Fällen die Vertragsbestimmungen nicht volle Wirksamkeit haben können, so fragt sich nun, welche Normen gelten denn für die anerkannte Rückforderung? Leider bieten die Quellen hier so wenig wie in den meisten übrigen Fällen der Condictionen genügende Auskunft über den Inhalt des Anspruchs. Wenn wir also die Rechtssätze auch in dieser Richtung ergänzen wollen, sind wir lediglich auf die Analogien aus anderen Rechtssätzen angewiesen. In erster Linie kommt die Regel in Betracht, die wir eben verwendet haben, daß die belastenden Vertragsbestimmungen für den Handlungsunfähigen oder für den Gewalthaber nicht wirksam sein können. Dazu tritt jedoch die weitere bei den zweiseitigen Contracten, den sog. negotia claudicantia bezeugte Regel, daß der Handlungsunfähige sich nicht auf die für ihn günstigen Vertragsbestimmungen berufen darf, wenn er nicht auch die ungünstigen anerkennt. Zu den günstigen Bestimmungen gehört z. B. beim Darlehn die Beredung von Zinsen, welche nach heutigem Recht immer, nach Römischem wenigstens bei Darlehen von anderen Sachen als Geld[2]) als integrirender Bestandteil des Vertrages anzusehen ist.

Wir werden also die Regel etwa dahin fassen, daß es dem Handlungsunfähigen, der den Rückgabevertrag geschlossen, oder dem Gewalthaber, wenn dessen Gewaltunterworfener den Vertrag geschlossen hat, freisteht, das Geschäft in allen seinen Teilen gelten zu lassen. Daß aber außer diesem Falle bei der Rückforderung weder den günstigen noch den belastenden Vertragsbestimmungen Einfluß zu geben, sondern nur auf die Wiederherstellung des früheren Vermögensstandes Rücksicht zu nehmen ist. Die Rückforderung wird sich also auf die Bereicherung zu beschränken haben.

b) Für den Fall, daß bei dem Rückgabevertrag der Empfänger ein Handlungsunfähiger ist, geben die Quellen bessere Auskunft. Der Rückforderungsanspruch ist unabhängig von der Vertragsberedung und geht in quantum locupletior factus est nach folgenden Stellen:

> l. 5 pr. 26. 8: — — in pupillum non tantum tutori verum cuivis actionem in quantum locupletior factus est, dandam divus Pius rescripsit.[3])

---

[1]) Unverständlich ist, wie Witte S. 298 die Entscheidung für ganz richtig erklären und mit der in l. 14. 12. 1 auf gleiche Linie stellen kann.

[2]) S. den Beweis hierfür bei Ihering, Jahrb. 12. S. 358 fl.

[3]) S. auch l. 1 pr. l. 5 § 1 eod.

l. 13 § 1. 12. 6: item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutum accepit *et locupletior factus est*, si pubes factus solvat, non repetit.

Was die von einem zur Disposition nicht befugten Gewaltunterworfenen abgeschlossenen Verträge betrifft, so ist ein solcher nur in l. 12. 12. 1:

— si is qui servo crediderat, furere coeperit, deinde servus in rem domini id verterit, condici furiosi nomine posse —

erwähnt. Wenn nun dieser Fall auch zunächst zu scheiden ist von dem andern, wo nur die Eigentumsübertragung an den Gewaltunterworfenen geschieht, auf Grund eines vom Gewalthaber geschlossenen Rückgabecontractes.[1]) So ist doch die für den zweiten Fall gegebene Entscheidung der l. 46. 23. 3 umsomehr auf unseren Fall anzuwenden. Der Herr haftet nur in quantum locupletior factus est, der Geber aber kann die Condiction sofort anstellen ohne Rücksicht auf die Zeitbestimmung des Vertrages. Jedenfalls kann der Herr nicht durch die belastenden Bestimmungen, etwa über Zinsenzahlung, gebunden sein.

Ist das Gesagte richtig, so wird man nicht mehr sagen können, „daß sich nicht absehen lasse, warum die in l. 12. 12. 1 cit. bezeugte Condiction nicht condictio ex mutuo sein solle".[2]) Es ist eben nicht nur auf die Rückgabe allein, sondern auf die Gesammtheit der Vertragsbestimmungen zu sehen. Und diese können weder für die eine noch für die andere Partei als bindend angesehen werden, auch hier abgesehen natürlich von der gehörig erfolgten Ratihabition.

c) Ungiltigkeit wegen Irrtum. Die herrschende Ansicht wird zwar die Ungiltigkeit der Geschäfte hier vollständig zugeben, umsomehr aber unsere Ansicht verwerfen, daß die Modalitäten der Rückforderung sich nach der Verschiedenheit der ungiltigen Geschäfte verschieden zu gestalten haben. Eine freiere Auffassung der Irrtumslehre jedoch, etwa die von Hartmann neuestens trefflich entwickelte,[3]) wird unsere Ansicht vollständig acceptiren. Da es nun natürlich nicht möglich auf diese präjudicielle Lehre hier einzugehen, müssen wir uns auf die kurze Erwähnung der einschlägigen Quellenentscheidungen beschränken. Entscheidungen geben nur l. 18, l. 32. 12. 1, da l. 52 § 21, l. 67 § 4. 47. 2 über Unterschiebung eines falschen Darlehnsempfängers nur bei mala fides einen Delictsanspruch gewähren, sonst das Geschäft als giltig anerkennen.

L. 18 cit. nun betrifft Dissens über das obligatorische Verhältnis,

---

[1]) So unterscheidet richtig Mandry, Familiengüterrecht II. S. 326.

[2]) Mandry a. a. O.

[3]) Jahrb. f. Dogm. 20. S. 1 flg.

auf Grund dessen die Eigentumsübertragung erfolgt.[1]) Hat der Geber nicht die Absicht, ein Forderungsrecht zu erwerben, so erhält er keinen Rückforderungsanspruch, wenn auch Empfänger bereit war, sich zu verpflichten. Haben beide eine Verpflichtung begründen wollen, aber beide eine verschiedene, so werden wir nach Billigkeit entscheiden, daß der Empfänger von der durch Condiction vermittelten Verpflichtung nicht strenger gebunden werden kann, als er sich bei Empfang zu binden beabsichtigte. Wenn also er als Depositum empfing, während der Geber Commodat meinte, wird die entstehende condictio possessionis wegzufallen haben, wenn Sachverlust durch levis culpa des Empfängers eintrat. Wenn als Darlehen gegeben, als Commodat genommen wurde, wird der Empfänger nicht wie beim Darlehen die Gefahr des Erhaltenen tragen.

Was l. 32 cit. betrifft, so wäre vor allem fraglich, ob denn nicht alle Erfordernisse eines giltigen Darlehens vorhanden sind. Aber selbst wenn der Tatbestand teilweise abnormal wäre, müßten doch die Wirkungen gerade so wie bei einem normalen Vertrage bestimmt werden. Der Geber jedenfalls hat nicht das geringste berechtigte Interesse, das Geschäft nicht gelten zu lassen. Also höchstens der Empfänger könnte es anfechten, wenn er nachträglich den wahren Sachverhalt erfährt. Allein auch für ihn spricht nichts, seine Verpflichtung an dem Vertrage irgendwie zu erleichtern, hat er doch die erwarteten Vorteile alle bereits erhalten.

IV. Leistung condicionis implendae causa.

Am schwersten scheinen mit der hier vertretenen Auffassung jene Entscheidungen zu vereinigen, nach welchen condicirt werden kann das condicionis implendae gratia Geleistete, wenn der an die Bedingung der Leistung geknüpfte Erwerb später nicht gemacht wird. Denn es ist klar, daß dieselben den bisher gefundenen Rechtssätzen nicht einzureihen sind, weder dem der Rückforderung bei Zahlung einer Nichtschuld, noch den die vertragsmäßige Rückgabe betreffenden. Es müßte hier also ein eigener Rechtssatz vorliegen und ein solcher ist bisher nicht aufgestellt worden.

Die Rückzahlung ist anerkannt nur bei letztwilligen Verfügungen, bei Erbeinsetzungen, Vermächtnissen, Freilassungen. Der Grund, warum der Erwerb der Zuwendung nicht erfolgt, macht keinen Unterschied, es wird erwähnt jede Art der Ungiltigkeit des Testamentes, Nichtexistenz oder Aufhebung der erfüllten Bedingung, Erwerbsunfähigkeit oder Repudiation des Bedachten.[2]) Was die genauere Charakterisirung des Tatbestandes be-

---

[1]) Die Frage, ob Ulpian den Eigentumsübergang annimmt oder nicht, bleibe dahingestellt.

[2]) S. die Citate bei Erxleben S. 207. Windscheid § 427 N. 8—11.

trifft, so sprechen die Quellen wiederholt von einen datum ob causam, nur einmal von indebitum.[1]) Daher hat man diese Fälle mit den übrigen der condictio ob causam datorum zusammengeworfen und hier auch eine Leistung in Voraussetzung eines künftigen Umstandes angenommen.[2]) Aber mit gleichem Rechte könnte man bei der condictio indebiti sagen, daß die Leistung in Erwartung eines künftigen Umstandes, nemlich der Liberation geschehe, was doch noch niemandem eingefallen ist. Freilich richtet sich die Erwartung auch auf den weiteren Erfolg, hier auf Liberation, dort auf Erwerb der Zuwendung. Aber bei Charakterisirung des Tatbestandes wird es richtiger sein, auf jenen Punkt zu sehen, an welchem die Vorstellung des Handelnden von der Wirklichkeit abweicht, wo der Grund für die Verfehlung seiner Absicht liegt, also hier auf die irrige Annahme einer Verbindlichkeit, dort auf die irrige Annahme einer bestimmten, giltigen letztwilligen Verfügung.

Nur in dem einen Falle, daß die Verfügung zwar giltig ist, der Bedachte aber hinterher sich anders entschließt und die Zuwendung ausschlägt, könnte man sagen, daß in Erwartung eines künftigen Umstandes, der nun nicht eingetreten, geleistet sei. Freilich unterscheidet sich auch dieser Fall wesentlich von den ähnlichen Fällen der ob causam dationes. Denn einerseits ist hier der erwartete Umstand einer eigenen Handlung des Gebers, somit der Bestand der Hingabe in seinem Ermessen gelegen. Anderseits aber erfolgt die Hingabe doch zu Nutzen des Empfängers, hat dieser also an derselben ein eigenes Interesse, während das bei den oben erwähnten, in der Willkür des Gebers stehenden, mandatsähnlichen Leistungen nicht der Fall war.

Die vorliegenden Rückforderungsansprüche sind also dem Tatbestand nach mit einer einzigen Ausnahme der condictio indebiti nahestehend. Sie müssen aber, und zwar alle, auch was den Umfang der Rückforderung betrifft, der condictio indebiti gleichgestellt werden. Denn für eine weitere Ausdehnung, wie sie bei den verschiedenen vertragsmäßigen Rückforderungsansprüchen sich constatiren ließ, fehlt jeder Anhalt. Es kann ein Vertrag stattfinden. Aber von stillschweigender Eingehung eines Vertrages kann nach den oben entwickelten Grundsätzen nicht die Rede sein, nach den Quellen nicht wegen der causa praeterita, nach den Interpretationsregeln nicht, weil keine eigene Handlung des Empfängers vorausgesetzt ist. Der Empfänger braucht nicht einmal zu wissen, aus welchem Anlaß ihm geleistet wird. Wenn er aber nicht weiß und nicht zu wissen braucht, daß

---

[1]) l. 1 § 1, l. 2, l. 3 § 6. 12. 4, l. 65 § 3. 12. 6, l. 67 pr. 12. 6.

[2]) Erxleben a. a. O. 209. Voigt S. 681. 6. 93. Windscheid a. a. O. Ähnlich wie hier Baron I. S. 52. 53.

er eventuell zu restituiren hat, so kann ihm weder die Haftung für culpa, noch die Tragung der Gefahr des Geleisteten aufgeladen werden. Die Gründe, welche bei der condictio indebiti für eine Milderung des Anspruchs sprechen, gelten auch in dem vorliegenden Falle.

Wenn wir nun fragen, wie die eben in Rede stehenden Quellenentscheidungen für sich allein betrachtet und erklärt werden können, so haben wir, wie in den vorhergehenden Fällen, nicht die einzelnen zerfetzten Momente des Tatbestandes, sondern das Gesamtbild des Verhältnisses uns vor Augen zu halten.

Juristisch liegt freilich ein tiefer Unterschied zwischen einem Anspruch, der durch eine Gegenleistung bedingt ist, und einem solchen, der zwar unbedingt ist, dem aber ein rechtlicher Gegenanspruch zur Seite steht, oder um näher zu unserm Falle zu kommen, zwischen einer Zuwendung sub conditione und einer solchen sub modo. Aber praktisch ist, wenn nur die Zuwendung einen überwiegenden Vorteil bietet, dieser Unterschied nicht so schwerwiegend, auch die Zuwendung sub conditione übt einen Anstoß aus zur Erfüllung der Bedingung. Dies ist z. B. berücksichtigt, wenn auch eine Zuwendung unter der Bedingung einer unsittlichen Handlung für ungiltig erklärt ist, nicht blos ein zweiseitiger Vertrag über Vornahme dieser Handlung.

Der Unterschied muß aber um so geringer angeschlagen werden bei letztwilligen Zuwendungen. Denn einerseits ist eine solche Verfügung oft die nächstliegende Ausdrucksweise für die Absicht des Testators. So z. B. wenn ein Grundstück allein vorhanden ist für zwei zu Bedenkende und es nun dem Einen zugewendet wird unter der Bedingung einer Abfindung des Anderen. Ebenso bei dem oft erwähnten Falle des bedingt Freigelassenen.[1]) Freilich ist die Verfügung nicht in der Ausdrucksweise gleich dem Legat, aber gleich in der Absicht der Parteien!

Anderseits aber hat das Recht dieselben an vielfache Beschränkungen geknüpft, welche dadurch umgangen werden könnten, daß man eine Zuwendung nur als Bedingung einer andern figuriren läßt, ihr also die praktische Durchführung sichert, obwol sie den Rechtsregeln nicht entspricht und auf Rechtsschutz nicht Anspruch hat. Diesen Erwägungen entsprechend, sehen wir die Zuwendungen, die nur als Bedingungen anderer figuriren, im R. R. den wahren Zuwendungen in vielen Punkten gleich behandelt unter dem Begriffe der mortis causa capiones. „In der Tat steht ein solcher Erwerb, wenn man von dem fehlenden Vermächtniszwang absieht, dem Erwerbe aus einem Vermächtnisse gleich, daher ist auch auf ihn, wie

---

[1]) Hierüber gute Bemerkungen bei Schlagintweit, Jahrb. f. Dogm. VI. S. 321 flg.

auf die Schenkung für Todesfall, das Recht der Vermächtnisse in umfassendem Maße erstreckt worden."[1])

Wie nun hier dem Empfänger gegenüber die Ähnlichkeit mit den Vermächtnissen berücksichtigt wurde, so, meine ich, wurde auch dem Geber gegenüber das Verhältnis einer Verpflichtung ähnlich angesehen, daher die Gestattung der Rückforderung für billig erachtet. Die Angemessenheit dieser Entscheidung zeigt sich recht deutlich, wenn wir die Stellung eines mit Vermächtnis Beschwerten und eines sub condicione Bedachten ins Auge fassen. Es erscheint wünschenswert, dem Bedachten sogleich die Verfügung über das Zugewendete zu gewähren, weil er sonst leicht nicht in der Lage ist, einerseits sich über die Annahme zu entscheiden, andererseits überhaupt die Bedingung zu erfüllen. Und wünschenswerter ist es umsomehr, als bei der bedingten Zuwendung der Anfall hinausgeschoben wird. Bei Erbeinsetzungen wird nun Abhilfe vermittelt durch provisorische bonorum possessio mit cautio restituendi,[2]) bei anderen Zuwendungen gibt es dies Mittel nicht. Trotz der in dieser Hinsicht besseren Stellung des Vermächtnisträgers ist ihm der Vorteil gewährt, nur gegen cautio restituendi leisten zu müssen, eben zu seiner Sicherung und zur Ermöglichung der schnellen Erledigung der schwebenden Verhältnisse, trotz der Unsicherheit der Erbberechtigung. Wie naheliegend ist es da, dem sub condicione Instituirten wenigstens den Vorteil der eventuellen Rückforderung wie bei der condictio indebiti zuzuwenden, wenn schon nicht den der Cautionsleistung, und ihm dadurch die Erfüllung der Bedingung weniger gefährlich zu machen, damit er sich leichter und schneller dazu entschließe, damit die letztwilligen Verfügungen sicherer erfüllt würden.[3])

Unsere Ansicht geht also dahin. Die Römischen Juristen fanden genügende Motive die Stellung des sub conditione letztwillig Bedachten zu erleichtern. Sie taten dies, indem sie die Bedingung der Erfüllung wie eine Rechtspflicht ansahen[4]) und eine Condiction des Geleisteten ähnlich

---

[1]) Windscheid III. § 677, daselbst das Genauere, s. auch Keller, Grundriß, S. 357 flg. Schlagintweit, Jahrb. f. Dog. VI. S. 318 flg.

[2]) S. Windscheid § 554.

[3]) Man beachte den ähnlichen Fall, daß ein Legat giltig oder als poenae nomine relictum ungiltig sein kann, nur je nach der damit verfolgten Absicht des Testators, s. Fitting, Arch. f. civ. Pr. 56. S. 404 flg. So wird bei uns die äußere Ungleichheit wegen der Absicht der Verfügung vernachlässigt!

[4]) Wie sehr die Bedingungen letztwilliger Zuwendungen Legaten gleich geachtet wurden, zeigt die Entscheidung in l. 3 § 6. 12. 4. Der Erbe verbietet einem statuliber die Bedingung reiner Freiheit, Leistung an einen Dritten, zu erfüllen. Der statuliber wird kraft Gesetzes frei, aber auch der Dritte hat gegen den Erben einen Anspruch auf Erfüllung der Bedingung, ut testatori pareatur. — Über die Schwierigkeiten welche das Verhältnis des statuliber sonst bietet, s. die gute Ausführung von Schlagintweit a. a. O. S. 324 flg.

wie die condictio indebiti gewährten. Also auch hier beruht die Rückforderung auf einem speciellen Rechtssatz.

Im modernen Leben dürfte das Verhältnis der bedingten Zuwendung wol eine ganz untergeordnete Rolle spielen, daher auch eine besondere Berücksichtigung desselben in den neueren Gesetzen in keiner Weise stattfindet.

Somit hätten wir den Quellenbeweis für die oben S. 97 aufgestellten Sätze, soweit ein solcher möglich ist, vollendet. Wir haben die als condictiones ob causam datorum bezeichneten Rückforderungsansprüche zurückgeführt teils auf historische Verhältnisse, teils auf Rückgabeverträge, teils endlich auf verschiedene specielle Rechtssätze. Wir haben in dem Tatbestand der einzelnen Gruppen wesentliche Unterschiede bemerkt und gefunden, daß der Umfang der Rückforderung nicht überall derselbe ist. Sonach kann von einem einheitlichen, allgemeinen Rechtssatz nicht die Rede sein.

D. Rückforderung bei rechtlich mißbilligten Geschäften.

Das Recht mißbilligt gewisse Geschäfte und sucht dem Abschluß und und Vollzug derselben entgegenzuwirken. Das wirksamste Mittel hierzu wäre das Verbot bei Strafe, doch findet dasselbe im Gebiete des Privatrechts schon im neueren Römischen Recht keine Anwendung mehr. Das Privatrecht kennt zu dem angegebenen Zwecke nur folgende Mittel. Als erste Stufe versagt das Recht seine Hilfe zur Herbeiführung der beabsichtigten Vermögensänderungen, es erklärt das obligatorische Geschäft für ungiltig. So bei den Geschäften, welche unsittlichen Inhalt haben und bei manchen andern speciellen Fällen. Tritt hier von beiden Seiten die versprochene Vermögensänderung ein, so ist das ganz unanfechtbar. Wird nur von einer Seite geleistet, so hat der Leistende ebenfalls gar keinen rechtlichen Schutz für sich, er ist betreffs der Gegenleistung oder der Rückgabe der Vorleistung ganz auf den guten Willen des Contrahenten angewiesen — melior est conditio possidentis.[3]) Diese Gestaltung des Verhältnisses war hervorzuheben, weil man vielfach nach besonderen Gründen glaubte suchen zu müssen, um derenwillen bei unsittlichen Geschäften die Rückforderung durch condictio ob causam datorum ausgeschlossen ist. Der Grund ist einfach die Ungiltigkeit des ganzen obligatorischen Vertrages.

In andern Fällen aber scheint diese Maßregel nicht genügend zur Hintanhaltung der mißbilligten Geschäfte und ihrer Consequenzen. Es wird daher auch die etwa auf Grund derselben gemachte Leistung rückgängig gemacht u. zw. auf doppelte Weise. Es wird entweder ein obligatorischer Anspruch auf Rückgabe des Geleisteten gewährt, oder die vor-

[3]) Zweifelhaft ist der Fall, wo das ungiltige Geschäft nicht erfüllt, aber ein Pfand dafür bestellt worden ist, da Pfandbestellung schon ein Schritt zur Erfüllung ist. Nach der Tendenz der Bestimmung über Ungiltigkeit wird man die Rückforderung des Pfandes gestatten müssen.

genommene Eigentumsübertragung für ungiltig erklärt. Auch im letzten Falle kommt es zu obligatorischer Rückforderung der Bereicherung, wenn die Vindication der geleisteten Sache unmöglich wird.[1])

Die erwähnten zwei Arten obligatorischer Ansprüche werden nun durch Condictionen verfolgt, man stellt sie daher als condictiones ob injustam causam unter die Bereicherungsansprüche. Verstehen wir unter letzteren die Ansprüche, welche allein an die Tatsache unbeabsichtigten Vermögensüberganges geknüpft sind, so dürfen wir die vorliegenden Ansprüche nicht darunter einreihen. Denn die Vermögensübertragung ist ja von den Parteien verabredet und mit Bewußtsein vorgenommen. Daß doch die Rückforderung gewährt wird, hängt von der gesammten Gestaltung des einzelnen Verhältnisses und von öffentlichen Rücksichten ab. Aber auch wenn wir hier Bereicherungsansprüche sehen könnten, würde eine weitere Untersuchung dieser Fälle nicht geboten sein. Denn wir haben unser Augenmerk auf die Gestaltung der Bereicherungslehre im Ganzen gerichtet, aber die vorliegenden Rechtssätze beruhen nicht auf einem einheitlichen privatrechtlichen Gesichtspunkte, sondern auf den verschiedensten Rücksichten öffentlicher Zweckmäßigkeit, lassen daher einen Schluß auf andere Rechtssätze nicht zu. Es würde sich also nur um eine Aufzählung und um die Betrachtung der einzelnen zusammenhangslosen Fälle handeln, was nicht in den Rahmen unserer Aufgabe fällt.[2])

Nur mit einem Falle haben wir uns zu beschäftigen, welcher auf privatrechtlichen Gesichtspunkten zu beruhen und mehr allgemeinen Charakters zu sein scheint, mit der condictio ob turpem causam.

Die condictio ob turpem causam findet statt, wenn aus dem Geschäft nur dem Empfänger, nicht dem Geber ein Vorwurf gemacht werden kann, si solius accipientis turpitudo versatur. Diese von den Römern aufgestellte Regel wurde bis jetzt ohne weiteres beibehalten, ich halte die Formulirung derselben aber für unrichtig. Sie hat den Anschein, als ob sie eine allgemein giltige, also auch auf andere Fälle als die in den Quellen ausdrücklich entschiedenen, anwendbar wäre und als ob der Grund derselben unmittelbar in dem Verhältnis der beiden Parteien zu einander gelegen wäre. In beiden Punkten dürfte der Anschein trügen.

Versuchen wir ohne Rücksicht auf die Regel der Römer aus den Entscheidungen eine solche zu abstrahiren. In allen Fällen, wo die condictio ob turpem causam anerkannt ist, liegen die Verhältnisse so, daß einerseits die bloße Ungiltigkeitserklärung des obligatorischen Geschäftes

---

[1]) Fälle der letztern Art aufgezählt bei Hofmann, Titulus et modus acquirendi S. 122. 130.

[2]) Aufzählungen bei Witte S. 94 flg. Voigt 626 flg. Hofmann a. a. O. S. 115 flg.

die Erfüllung desselben selten hindern dürfte. Der Empfänger befindet sich nemlich in einer solchen Lage, daß er auf den Geber eine bedeutende Pression ausüben kann. Anderseits aber ist klar, daß der Geber unter normalen Verhältnissen kaum ein Interesse an dem Geschäfte haben kann, daß also sein Eingehen auf dasselbe die Vermutung dringend nahe legt, er habe nur in Folge der Pression, der Drohung des Gegners geleistet.

Dieses Sachverhältnis ist am prägnantesten, wenn etwas gegeben wird, damit Empfänger ein Verbrechen unterlasse, z. B. daß die verleumderische Behelligung mit Processen unterbleibe.[1]) Es ist ja klar, daß die Veranlassung zu einem solchen Geschäft nicht von dem Geber ausgehen kann, sondern daß zuvor eine Andeutung der Absicht, ein Verbrechen zu begehen, von Seiten des Empfängers also eine Art von Drohung erfolgen muß. Gleiches aber gilt auch von den übrigen bezeugten Fällen: Bezahlung des Richters für ein dem Rechte entsprechendes Urteil, Gabe damit Empfänger einen rechtswirksamen Anspruch erfülle.[2])

Wenn c. 3 ht. nicht unrichtig gestellt ist, so muß sie von einem Falle sprechen, der noch nicht Erpressung enthält, aber nahe an der Grenze von Erpressung steht:

> Quod evitandi tirocinii causa dedisse te apud competentem judicem ei, de quo quereris indubia probationis luce constiterit, instantia eius recipies. qui memor publicae censurae post restitutionem pecuniae etiam concussionis crimen inultum esse non patietur.

Um der Heranziehung zum Militärdienste zu entgehen, ist geleistet worden, die Heranziehung muß eine ungesetzliche, aber von dem fungirenden Beamten doch in Aussicht gestellte gewesen sein. Der Fall liegt also gerade wie bei Bezahlung für richtiges Urteil. Aber die Stelle bestätigt unsere Ansicht, sofern sie eine Drohung und Erpressung, concussio, von Seiten des Beamten als ebenfalls in Frage stehend ausdrücklich hervorhebt.[3])

Andere Fälle der condictio ob turpem causam sind aber nicht bezeugt. Die in l. 4 § 4, l. 5 ht. besprochenen Fälle gehören nicht unter diese Kategorie. l. 4 § 4 cit.:

---

[1]) l. 2 pr., l. 4 § 2 ht., l. 4, l. 5 § 1, l. 3 § 3. 3. 6.

[2]) l. 1 § 3, l. 8, l. 9 ht., l. 5. 27. 3, c. 6, c. 7. IV. 7. — Aus diesem Gesichtspunkte dürfte sich auch erklären die Ungiltigkeit eines Vergleiches nach völlig rechtskräftigem Urteil. Es liegt hier eben eine Leistung für Erfüllung eines rechtswirksamen Anspruchs vor. Ähnlich Puchta, Inst. II. § 157. 6. s. auch Rudorff, Zeitschrift für R. Gesch. 14. S. 443 flg.

[3]) Vgl. auch l. 8. 3. 6.

si tibi indicium dedero, ut fugitivum meum indices vel furem rerum mearum, non poterit repeti quod datum est, nec enim turpiter accepisti. quod si a fugitivo meo accepisti ne eum indicares, condicere hoc tibi quasi furi possim. sed si ipse fur indicium a me accepit vel furis vel fugitivi socius, puto condictionem locum habere.

Der erste Fall, der hier erörtert ist, den auch l. 5 eod. bespricht, nemlich Leistung eines verbrecherischen Sclaven, damit er nicht angezeigt werde, enthält doch offenbar eine turpitudo utriusque. Hätte ein Freier dieses Geschäft geschlossen, so wäre es wol ungiltig, aber es könnte eine Rückforderung nie eintreten. Daß die vom Sclaven gemachte Leistung vom Herrn condicirt werden kann, erklärt sich sowol aus der mangelnden Veräußerungsbefugnis des Sclaven, als aus der mala fides des Empfängers. Daher ist der Charakter der Klage richtig bezeichnet mit den Worten: quasi furi tibi condicere possim.

Der zweite Fall ist etwas complicirter, der Verbrecher läßt sich ein Entgelt geben, damit er sich selbst oder seinen Mitschuldigen anzeige. Hier kann natürlich nur an einen Freien oder fremden Sclaven gedacht werden, da ja das vom Herrn dem eigenen Sclaven Gegebene ohnedies im Eigentum des Herrn bleiben würde. Kann man hier von turpitudo accipientis sprechen? Wenn es sich um die Selbstanzeige handelt, wäre die Sache zweifelhaft, man müßte zuerst sich über den Begriff der turpitudo einigen.[1]) Aber glücklicherweise ist neben diesem Falle auch der der Anzeige eines Mitschuldigen erwähnt und zwar in solcher Weise, daß wir annehmen dürfen, die Entscheidung beruhe in beiden Fällen auf dem gleichen rechtlichen Gesichtspunkte. Daß nun das für die Anzeige eines Mitschuldigen genommene Entgelt gerade so anzusehen ist, wie das für die Anzeige eines beliebigen andern Verbrechers genommene, dürfte wol einem Zweifel nicht unterliegen. Dann muß aber die Rückforderung in den beiden fraglichen Fällen auf einem andern Gesichtspunkte als der turpitudo beruhen. Ich glaube, man wird auch hier sagen können quasi furi condicitur. Die Ausgabe des Anzeigerlohnes ist eine der Folgen des Verbrechens, daher beim Ersatze des Interesses dem Verbrecher mit einzurechnen. — Und der am Verbrechen Mitbeteiligte weiß, daß er hier einen weiteren indirecten Vorteil aus seinem Verbrechen empfängt, den er zurückerstatten muß. Ich glaube also, daß die ganze fragliche Stelle von der condictio furtiva zu verstehen ist.[2])

Auf Grund der Quellenentscheidungen also kommt man nur zu fol-

---

[1]) S. die folgenden Bemerkungen.

[2]) Diese Auffassung haben auch die Basiliken, s. Sch. ad XXIV. 2. l. 5. — S. auch Brinz II. S. 532, N. 14.

gender Regel: Condicirt kann dasjenige werden, was zur Verhütung eines nicht rechtmäßigen Handelns gegeben wird. Und eine Anwendung auf Fälle, welche nicht in der Quelle bezeugt sind, wird nur dort stattfinden können, wo das Motiv der gesetzlichen Verpflichtung zutrifft, wo nemlich der Empfänger durch Androhung seines unrechtmäßigen Verhaltens in der Lage ist eine Pression auf den Geber auszuüben.

Nach dieser Auffassung ist die condictio ob turpem eine Unterart der condictio ob injustam causam, einer der Fälle, wo eine besondere gesetzliche Vorschrift das obligatorische Geschäft nicht nur für ungiltig erklärt, sondern auch das Erfüllungsgeschäft rückgängig macht.[1]) Der vorliegende Fall unterscheidet sich von den andern dadurch, daß die Bestimmung nicht durch Gesetz, sondern durch die Theorie aufgestellt worden zu sein scheint. Aus diesem Umstande erklärt sich, daß dieselbe in so enge Verbindung mit der Lehre von der causa gesetzt wurde, und daß die Formulirung der Regel nicht ganz richtig ausgefallen ist. Es bedurfte ja nicht nur der Regel, sondern auch einer Begründung für dieselbe.

Doch bisher wurde nur die Möglichkeit unserer Auffassung erörtert, es bedarf noch des Nachweises, daß die Regel der Quellen wirklich ungenau formulirt ist. Sie wird erstens nicht einmal den Quellenentscheidungen gerecht, denn nach l. 2 § 2 ist bei der Leistung, damit ein richtiges Urteil gefällt werde, nicht blos turpitudo accipientis vorhanden. Heißt es doch da von dem Geber:

> sed hic quoque crimen contrahit judicem enim corrumpere videtur. et non ita pridem imperator noster constituit, litem eum perdere.

Also eines Verbrechens macht sich der Geber schuldig, sowol nach Römischer, wie nach moderner Auffassung, und er wird durch Verlust des Processes, auf den er einwirken wollte, bestraft. Kann da seine turpitudo fraglich sein? Und doch wird ihm die Rückforderung des Gezahlten ausdrücklich gewährt.

Zu welch sonderbaren Consequenzen würde ferner die allgemeine Anwendung der Regel führen. Der Vertrag, wodurch für Änderung des Religionsbekenntnisses etwas versprochen wird, ist nach richtiger Auffassung ein ungiltiger seines Inhaltes wegen. Es wird aber niemand zweifeln daß hier von turpitudo des Gebers nicht die Rede sein kann, derselbe mag ja die volle Überzeugung von der Verdienstlichkeit seines Tun hegen. Also müßte ihm die Rückforderung des Geleisteten zustehen, ob nun die Religionsänderung vorgenommen wurde oder nicht — ein Resultat, das einfach unmöglich ist.

---

[1]) So auch Witte S. 42. 43.

Dies führt uns endlich auf den Hauptpunkt, daß nemlich wegen des Begriffes turpitudo die überlieferte Fassung der Rechtsregel unbrauchbar ist.

Wollte man den Begriff turpe, turpitudo für das Rechtsgebiet aus den allgemeinen Anschauungen des Lebens oder den Begriffen der Philosophie bestimmen, so würde man wol nie zu einem Abschlusse, zu einer überzeugenden Auffassung gelangen.[3]) Diese Quellen sind zu unbestimmt und wechselnd, als daß das Recht ihnen die Ergänzung eines Tatbestandmerkmals ganz überlassen könnte. Wenn die Römer daher diese Ausdrücke gebrauchen, so müssen wir die Bedeutung derselben aus den Quellenentscheidungen selbst, nicht aus abstracter Speculation zu bestimmen suchen. Wenn wir aber auf die wegen Unsittlichkeit für ungiltig erklärten Geschäfte sehen, so finden wir, daß dabei durchaus nicht die Gebote der individuellen Moral, sondern Gesichtspunkte der öffentlichen Nützlichkeit den Ausschlag geben. Nach dem realen objectiven Moment, ob der Erfolg und die Erfüllung eines Geschäftes unsittliche oder sonst staatlich unerwünschte Wirkungen befördert, wird über die Ungiltigkeit dieses Geschäfts wegen „unsittlichen Inhalts" entschieden, während die moralische Beurteilung sich auf das subjective Moment der Absicht des Handelnden stützt.

Der Beweis, daß dem so ist, muß freilich einem andern Orte vorbehalten werden, doch entspricht diese Auffassung ja so ziemlich dem bisher schon Gelehrten. Setzen wir das Bemerkte aber als richtig voraus, so ergibt sich, daß von turpitudo solius accipientis vielleicht in moralischem Sinne, nicht aber in dem angegebenen juristischen Sinne, gesprochen werden kann. Denn den unerwünschten Erfolg kann man wol dem ganzen Geschäft, nicht aber der Absicht des einen Contrahenten zuschreiben. Wir würden also nach der Formulirung der Römer doch auf die vagen Ansichten des Lebens für den Begriff turpitudo angewiesen und kämen so zu einem ganz vagen Rechtssatze. Während nach unserer Auffassung der vorliegende Rechtssatz ganz dem Rechtssatze über die Ungiltigkeit unsittlicher Verträge entspricht, da der nachteilige Erfolg des Geschäftes es ist, welcher dazu bewegt, die Rückgängigmachung zu gestatten.

---

[3]) Vgl. die Sophisterei in l. 4 § 3 ht.

Beilage I.

Die Naturalobligationen.

Bei der Lehre von der condictio indebiti wurde es nötig, des Begriffs der Naturalobligationen zu gedenken. Und da die dort verwendete Ansicht nicht unbedeutend von den üblichen Darstellungen abweicht, wird es genügend gerechtfertigt erscheinen, wenn diese Ansicht hier anhangsweise genauer dargestellt wird.

Zu betrachten sind einige rechtliche Bestimmungen, nach welchen in gewissen Fällen ähnliche Wirkungen eintreten, wie bei obligatorischen Verhältnissen, während doch keine normale Obligation, insbes. kein klagbarer Anspruch vorliegt. Die hierher gehörigen Bestimmungen der Quellen sind ihrem wesentlichen Inhalte nach klar und kaum bestritten, höchstens die Frage nach analoger Erweiterung der Quellenentscheidungen ist manchmal zweifelhaft. Die Schwierigkeiten liegen vielmehr in der Formulirung der Rechtssätze. Es ist zu fragen, wie der Begriff der Naturalobligation zu fassen und zu verwenden wäre? Oder wie sonst die einschlägigen Rechtssätze zu formuliren wären?

1. Der Begriff naturalis obligatio.

Die erste Frage wird sich für uns leicht erledigen lassen, da wir uns nur daran halten, aus den Quellen Rechtsregeln zu abstrahiren, nicht aber Rechtsbegriffe von bestimmtem Charakter. Schwierigkeiten bietet unsere Lehre aber nur diesem letzteren Streben, nur daher auch die reiche Literatur. Der Ausdruck naturalis obligatio bietet dieselbe Eigentümlichkeit wie der Ausdruck possessio, er kann nemlich bezeichnen sowol eine gewisse Gestaltung der Lebensverhältnisse, des Tatbestandes, als auch gewisse rechtliche Wirkungen. In der ersten Bedeutung weist der Ausdruck auf die natürliche Auffassung im Gegensatz zur rechtlichen hin, er bezeichnet also jene Lebensverhältnisse, in welchen die allgemeine Denkweise oder wenigstens die Ansicht der Parteien, eine sittliche oder Anstandsverpflichtung annimmt. In der zweiten Bedeutung aber bezieht sich der Ausdruck

naturalis obligatio auf die rechtlichen Wirkungen, welche in manchen der eben erwähnten Verhältnisse statuirt worden sind, er steht also auf gleicher Linie wie die Begriffe Eigentum oder Erbrecht.

In keiner der beiden Bedeutungen aber ist der Ausdruck charakteristisch oder unentbehrlich für den Inhalt der einschlägigen Rechtsbestimmungen Daß nach natürlicher Auffassung eine gewisse Verbindlichkeit anzuerkennen ist, erscheint zwar regelmäßig als Tatbestandsmoment in unseren Fällen, aber unbestritten ist es nicht das einzige und wol auch nicht das charakteristische Tatbestandsmoment. Nicht in allen Fällen natürlicher Pflichten tritt eine rechtliche Wirkung ein, sondern nur in gewissen, vom Rechte besonders bezeichneten Fällen. Und bei Beschreibung dieser Fälle ist die Erwähnung der natürlichen Pflicht gar nicht notwendig.

Daß man aber die in Frage stehenden rechtlichen Wirkungen als Naturalobligationen bezeichnet, ist zwar ganz unbedenklich, aber auch ganz nebensächlich. Bezeichnend ist der Ausdruck hierfür durchaus nicht, denn es handelt sich ja um gewisse civile, rechtliche, nicht nur naturale Verhältnisse. Man müßte also nebenbei noch definiren: Naturalobligationen heißen die obligationsähnlichen, aber schwächeren, klaglosen Ansprüche.

Der Ausdruck naturalis obligatio hat also keine Bedeutung für die dogmatische Darstellung, sondern nur historische Bedeutung für die Interpretation der Quellen. In dieser Hinsicht ist vieles geschrieben worden,[1]) doch kommt die Frage für uns nur so weit in Betracht, als der Ausdruck oder ähnliche Ausdrücke auch in manchen Fällen angewendet werden, welche nicht zu den übrigen gehören. Es ist dies die sog. klagbare naturalis obligatio.

Es wird da nemlich eine normale klagbare Obligation als naturalis bezeichnet, um auf die legislatorische Begründung der Bestimmung hinzuweisen, aber irgend eine practische Besonderheit zeigen diese Fälle nicht. Dies gilt insbesondere für den Fall der capitis deminutio minima, wo civiliter die Obligationen des Deminuirten aufgehoben werden, der Praetor jedoch ohne Rücksicht darauf die Klage gibt. Wenn hier in l. 2 § 2, l. 8. 4. 5 von naturaliter obligari gesprochen wird, so ist das ganz unwesentlich.[2]) Über andere Fälle als l. 5. 26. 8, l. 126 § 2. 45. 1, l. 16 § 4. 46. 1 ist nur auf Schwanert S. 69 flg. zu verweisen.

Wir haben nun die Frage zu beantworten, wie wir die fraglichen Rechtsbestimmungen, welche keine wirklichen Obligationen statuiren, ausdrücken sollen. Ist es richtig, den Begriff der „klaglosen, unvollkommenen An-

---

[1]) S. Windscheid § 287 N. 5 und bes. Schwanert, N. o., S. 7 flg.

[2]) Auch die act. in factum in c. 3. IV. 64, l. 7 § 8. 4. 3 könnte man dann als *naturalis* bezeichnen.

sprüche" aufzustellen? Ist derselbe in allen hierher gehörigen Fällen anzuwenden? Um diese Fragen beantworten zu können, müssen wir zunächst eine andere sich darbietende Darstellungsform durchzuführen versuchen. Wir bringen nemlich die einzelnen fraglichen Bestimmungen mit den nächstverwandten über die klagbaren Ansprüche in Verbindung, um zu sehen, ob sich nicht so eine entsprechende Formulirung des gesammten Rechtsinhaltes erzielen läßt. Dann erst können wir über die vorzuziehende Construction der Verhältnisse entscheiden.

2. Die rechtlichen Bestimmungen.

1) Die im praetorischen Edict wider den Gewalthaber statuirten klagbaren Ansprüche richten sich teilweise nach der Größe des Peculium, die Größe des Peculium wird aber nicht blos nach natürlicher Auffassung, sondern nach besondern Rechtsregeln bemessen. Und für diese letzteren Regeln hat man teilweise den Gesichtspunkt der Naturalobligation benutzt. Einfacher aber lautet der Rechtssatz so: Bei Berechnung der Höhe des Peculium werden in Anschlag gebracht die zwischen Gewalthaber und Gewaltunterworfenen stattgefundenen geschäftlichen Leistungen und Verabredungen. Die gemachten und versprochenen Leistungen des Gewalthabers gelten als Erhöhung des Peculium, die an ihn gemachten oder versprochenen gelten nicht als dolose Verminderungen des Peculium.[1])

2) Der Vormund darf bei Verwaltung des Mündelvermögens auch allgemein anerkannte Anstandspflichten berücksichtigen und die Erfüllung derselben den Vertretenen in Anrechnung bringen[2]) nach l. 12 § 2. 3, l. 13 § 2. 26. 7, l. 7. 33. 1. Gleiches ist nach l. 19 § 4. 39. 5 anzunehmen für den Tutor des Minderjährigen der Vermögensverwaltung hat, der sich also durch Schenkung aus dem verwalteten Vermögen regelmäßig verantwortlich machen würde.

3) Der Fiduciarerbe hat das Recht, bei Herausgabe der Erbschaft auch das in Abzug zu bringen, was er dem Erblasser als Pupillen geleistet hat, ohne daß aus der Leistung eine Bereicherung desselben und deshalb eine rechtskräftige Forderung wider ihn entstanden wäre, l. 95 § 2. 46. 3. Diese billige Entscheidung beruht nicht auf Anerkennung eines klaglosen Anspruchs wider den Erblasser, sondern einfach auf der natürlichen Interpretation seines Willens, das ihm im Vertrauen auf seine

---

[1]) S. bes. l. 10 § 7. 15. 3. Sonstige Belege des Rechtszustandes bei Windscheid § 288 N. 7, § 483 N. 2, § 484 N. 14. 15.

[2]) Nur Bekker, Akt. II. S. 15 N. 13 nimmt hier schwach wirkende Ansprüche an.

Ehrlichkeit Gegebene zurückzuerstatten.[1]) Daher steht dem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer diese Begünstigung nicht zu, denn sie ist nirgend bezeugt und dem schlechtgläubigen Erbschaftsbesitzer direct abgesprochen in l. 31 § 1. 5. 3.[2])

4) Eine der wichtigsten Erscheinungen ist, daß in einer Reihe von Fällen die besonderen auf Schenkungen bezüglichen Rechtsregeln keine Anwendung finden, obwol eine freiwillige Leistung in Bereicherungsabsicht stattfindet. Ist diese Ausnahme von den Schenkungsregeln durch das Gesetz selbst gemacht, wie bei den personae exceptae der lex Cincia oder in c. un. X. 36, [3]) so ist die Berufung auf die natürliche Verbindlichkeit eine unnötige Angabe des legislatorischen Motives. Ist aber die Ausnahme erst durch die römische Jurisprudenz geschaffen worden, so begreift sich, daß für dieselbe der Gesichtspunkt der Naturalobligation eine erwünschte, vielleicht unerläßliche Begründung ihrer Entscheidungen war; für uns aber, denen die Juristenentscheidungen Gesetzeskraft haben, ist dieser Gesichtspunkt so wenig notwendig, wie bei den ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen.

Wir werden also nicht mehr sagen: Erfüllung einer Naturalobligation gilt nicht als Schenkung, um daraus zu folgern: die Beschränkungen der Schenkungsgeschäfte kommen hier in Wegfall. Sondern wir stellen den Rechtssatz gleich auf diesen Punkt ab. Der praktische Inhalt des Satzes ist damit vollkommen gewahrt, denn wie schon oben wiederholt betont, ist der „Charakter der Leistung“ nach der Ansicht der Parteien für die rechtliche Behandlung irrelevant. Es treten keine andern Rechtsfolgen ein, ob nun die Parteien von Schenkung oder von Erfüllung einer natürlichen Pflicht sprechen, ob sie ganz frei oder im Gefühle einer Verpflichtung leisten. Die einzige praktische Folge, daß die Leistung nicht „als Schenkung gilt“, ist immer nur die Ausnahme von gewissen Rechtsregeln, die von uns direct ausgesprochen wird.

In welchen Fällen diese Ausnahme eintritt, ist für unsern Zweck nicht von Belang, namentlich ist auf die bestrittenen Punkte nicht einzugehen. Es sei nur erwähnt: Die sog. Gegenschenkung, Schenkung wegen Lebens-

---

[1]) Keller, Jahrb. für gem. Recht IV. S. 381: „Diese Stelle enthält für uns nur — — den einer andern Lehre (vom fideicommissum hereditatis) zugehörigen Satz, daß solcher naturalis creditor als Erbe des Pupillen solche Zahlung gleichsam an sich selbst zu bewirken befugt sei.“

[2]) Die sonst hierher gezogenen Stellen, l. 21 pr., l. 64 pr. 36. 1, sprechen von soluti retentio, l. 1 § 17. 35. 2, l. 25 § 11. 5. 3 leugnen gerade die Wirkung sog. Naturalobligationen.

[3]) ita enim necessariis sibi conjunctisque personis sub liberalitatis appellatione naturale debitum persolvitur.

rettung, wissentliche Erfüllung der nach der lex Falcidia zu kürzenden Vermächtnisse, und der verjährten oder durch ungerechtes Urteil aberkannten Ansprüche.[1])

5) In gewissen Fällen findet die condictio indebiti trotz des Vorhandenseins der normalen Bedingungen nicht statt. Davon ist schon gesprochen, die Fälle genauer angegeben. Die Berufung auf naturalis obligatio oder klaglosen Anspruch fördert die Erkenntnis des Rechtszustandes wenig, es erklärt sich zwar, daß die Condiction ausgeschlossen ist wegen der Anerkennung des Anspruchs, aber es bleibt immer zu erklären, warum gerade in diesen Fällen der Anspruch anerkannt wird.

6) Novation und Constitut sind giltig in manchen Fällen, obwol bisher kein Anspruch vorhanden war. Dabei ist zu unterscheiden. Erfolgt die Novation im Bewußtsein des Nichtbestehens der Verbindlichkeit, so liegt gar nichts Besonderes vor, es muß dann die Absicht, sich neu zu verpflichten, trotz der falsa demonstratio angenommen werden, und der neue Verpflichtungsact, die neue Stipulation, ist ja an sich giltig.[2]) Für den Fall aber, daß die Novation in Voraussetzung einer bestehenden rechtlichen Verpflichtung erfolgte, findet sich in den Quellen kein Anhalt, eine besondere Wirkung der Naturalobligation anzunehmen, man müßte höchstens die Regeln von der Erfüllung und der condictio indebiti hier analog zur Anwendung bringen.[3])

Von dem Constitut gilt nun das Gleiche, die Giltigkeit desselben ist nur anzunehmen, wenn dasselbe in Bewußtsein der Sachlage erfolgt ist. Auch in diesem Falle aber ist es eine Ausnahme, indem ein formloser Vertrag eine Klage erzeugt. Wann tritt diese Ausnahme ein? l. 1 § 7 ht. spricht scheinbar ganz allgemein, ist aber gewiß nur dahin zu verstehen, daß auch bei mancher Naturalobligation das Constitut möglich ist, nicht aber daß es notwendig immer zulässig wäre.

7) Pfandrecht und Bürgschaft ist in den Fällen der sog. Naturalobligation giltig. Wissentlich übernommene Bürgschaft ist auch giltig, wenn die Forderung nichtig ist,[4]) aber auch unwissentlich übernommene wird in unseren Fällen so interpretirt, daß nicht nur für Erfüllung der Rechtspflicht, sondern auch der natürlichen Pflicht gehaftet werden soll. Gleiches gilt beim Pfandvertrag. Es findet also weitere Interpretation der accessorischen Geschäfte statt.

8) Wenn aber endlich auch Compensation einer Naturalobligation zugelassen wird, so können wir nur einen selbständigen rechtlichen Anspruch

---

[1]) Die Belege bei Windscheid § 289 Nr. 1). 2).

[2]) l. 25. 45. 1, l. 12. 46. 2.

[3]) Windscheid § 355 N. 3. Salpius, Novation, S. 285 flg.

[4]) Windscheid § 477 N. 20.

anerkennen. Denn hier wird die Realisirung mit Hilfe des Rechts gegen den Willen der Naturalschuldners herbeigeführt. Freilich ist Compensation gewiß nur in wenigen Fällen zuzulassen. Bezeugt ist sie direct nirgends, der allgemeine Anspruch in l.6. 12. 2. muß wie der über das Constitut dahin gefaßt werden, daß überhaupt bei Naturalobligationen, nicht aber daß bei allen Naturalobligationen Compensation möglich ist.

3. Construction.

Wenden wir uns nun zu der Frage, welche von den Bestimmungen wir in der erwähnten Form lassen, welche wir auf klaglose Ansprüche abstellen sollen, so wird uns dabei folgendes zu leiten haben. Ein klagloser Anspruch kann nur dann angenommen werden, wenn die Möglichkeit eines Anspruchs überhaupt, also auch eines klagbaren gegeben ist. Es muß also der Inhalt des Anspruchs ein bestimmter sein; das Gegenteil ist dort der Fall, wo es sich um eine sittliche Pflicht, etwa zur Vergeltung, zur Unterstützung handelt. Ferner muß die Absicht des Gesetzes auf Erfüllung des vermeintlichen Anspruchs wenigstens wahrscheinlich sein, wenn aber eine solche Absicht des Gesetzes nicht zu vermuten, andere Motive für die fragliche Bestimmung näherliegend sind, so wird man von den beiden möglichen Constructionen die einfachere (ohne Anspruch) vorziehen.

Auf Grund dieser allgemeinen Erwägungen ergibt sich nun folgende Darstellung.

Als klaglose Ansprüche erzeugend sind durchaus anzusehen die Rechtsverhältnisse der Gewaltunterworfenen, hier ist das Object des Anspruchs bestimmt und die Absicht der Realisirung im Rechte gewiß vorhanden, da diese Verhältnisse eine bedeutende Rolle im Verkehr spielten und nur ein civiles Vorurteil die Gewährung der Klage hinderte.[1]) Hier also ist jede Wirkung zuzulassen, auch Compensation.

Diesen Verhältnissen ist an die Seite zu stellen die Entziehung der Klagbarkeit in gewissen Fällen. Anspruchsobject und gesetzliche Absicht sind vorhanden, da nur die Nachteile der Erzwingung sollten vermieden werden. Daher aber findet hier keine Compensation statt. Dies sind S. C. Macedonianum, edictum iniquum.

Daß man auch bei den Geschäften der Handlungsunfähigen klaglose Ansprüche anerkennen muß, bezeugt l. 64. pr. 36. 1. Hier wird nemlich dem Pupillen, der einem anderen als dem Naturgläubiger irrtümlich geleistet hat, die condictio indebiti zugesprochen. Dieselbe findet aber, wie

---

[1]) Als Hauptfall der Naturalobligation ist dies allgemein anerkannt. Bekker, Jahrb. f. gem. R. IV. S. 387 flg. Scheurl, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 328 flg.

oben nachgewiesen, nur bei Erfüllung von Ansprüchen statt, also muß ein solcher hier vorliegen. Wie weit die Wirkung desselben reicht, ist sehr bestritten. Jedenfalls ist die Wirkung hier noch schwächer als in dem vorhergehenden Falle, der Handlungsunfähige soll eben in keiner Weise durch das Geschäft gedrückt sein.

Damit aber haben wir den Kreis der klaglosen Ansprüche erschöpft. Soweit also die fraglichen Rechtsbestimmungen diese Fälle betreffen, müssen wir von klaglosen Ansprüchen sprechen. Soweit das nicht der Fall ist, steht uns eine bequemere Formulirung frei. Wir haben daher folgendes Resultat.

Die Fälle sub 1) 2) müssen in ihrer Formulirung bleiben, da eine besondere Rechtsfolge zwischen den an der sog. Naturalobligation beteiligten Personen gar nicht eintritt, sondern nur eine solche für Dritte, da also gar kein Substrat für einen Anspruch vorliegt.

Die Entscheidung sub 3) betrifft einen eng begrenzten Fall und läßt sich aus der Rücksicht auf den Parteiwillen vollständig motiviren, daher auch aus derselben kein Anspruch abzuleiten ist.

Die Erscheinungen 4) 5) treten auch in einigen Fällen auf, wo wegen Unbestimmtheit der Leistung kein Anspruch zu denken ist, nämlich renumeratorische Schenkung, Schenkung an Verwandte, irrtümliche Dosbestellung irrtümliche Leistung von operae officiales des Freigelassenen und etwa von Alimenten an Verwandte. Daher muß diese Regel soweit in der angegebenen Form bleiben. Ist das aber der Fall, so ist dort, wo nur diese Wirkung eintritt, auch keine Naturalobligation anzuerkennen; so bei verjährter Forderung ꝛc. Es wird also heißen: die Schenkungsregeln sind ausgeschlossen in folgenden einzelnen Fällen, ferner bei den klaglosen Ansprüchen, die wir als solche anerkennen. Und in gleicher Weise lautet die Regel für den Ausschluß der condictio indebiti.

Daß die Wirkungen sub 6) 7) 8) nur bei den klaglosen Ansprüchen in unserem Sinne stattfinden können, braucht kaum gesagt zu werden. Hier bleibt es also bei der bisherigen Rechtsregel, nur wird der Umfang derselben entsprechend verkleinert. Daß nicht bei allen klaglosen Ansprüchen alle drei Wirkungen eintreten, ist schon gesagt.

Ganz einfach stellt sich auch für uns diese Lehre nicht dar und der Begriff der klaglosen Ansprüche konnte nicht ganz beseitigt werden. Aber man wird zugeben, daß wesentliche Vereinfachung und größere Klarheit gewonnen ist, indem die Vermischung von Tatbestand und Rechtsfolgen und der schwanke Sprachgebrauch der Quellen beseitigt wurden.

4. Modernes Recht.

Die Vorteile unserer Auffassung machen sich bei der Darstellung des modernen Rechts geltend, welches nur vereinzelte Fälle und Wirkungen der Naturalobligation kennt. Blicken wir auf das österreichische und französische Recht. Die Lehre des ersteren gestaltet sich so einfach als möglich, da dasselbe eine einzige hier in Betracht kommende Bestimmung enthält in § 1432 a. b. Gb.:

> „Doch können Zahlungen einer verjährten oder einer solchen Schuld, welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungiltig ist, oder zu deren Eintreibung das Gesetz blos das Klagerecht versagt, ebensowenig zurückgefordert werden —"

Der Begriff der natürlichen oder unvollkommenen Verbindlichkeit ist also in das Gesetz nicht aufgenommen, die Frage, wann eine solche vorliegt, kann gar nicht gestellt werden. Es handelt sich einzig und allein um den Ausschluß der condictio indebiti und diese Bestimmung braucht zur Annahme eines eigenen Institutes der klaglosen Ansprüche nicht Anlaß zu geben, es ist nicht abzusehen, warum sie nicht so wie sie gegeben ist in das Rechtssystem übernommen werden sollte.

Wir fragen also einfach: wann ist die condictio indebiti ausgeschlossen? Außer den verjährten Forderungen finden wir, daß das Klagrecht versagt ist bei den Forderungen aus Spiel und Wette. § 1271. 1272. Aber fraglich ist, ob als wegen Mangel der Förmlichkeit ungiltige Forderungen alle mit Nichtbeachtung der gesetzlichen Formen geschlossenen Geschäfte anzusehen sind, oder nur gewisse?

Dabei ist vor allem zu beachten, daß § 1432 sich nur auf die condictio indebiti bezieht, nicht aber auf andere Condictionsfälle, insbesondere nicht auf den aus § 1447 entspringenden Anspruch auf Rückgabe der auf Grund eines unerfüllbaren oder ungiltigen zweiseitigen Vertrages gemachten Leistung. Somit bleiben nach dem Gesetzbuch nur zwei Anwendungsfälle, formloses Legat und formloses Schenkungsversprechen.

Was aber die Formvorschriften späterer Gesetze[1]) betrifft, so ist ihnen im Zweifel die stärkere Wirkung zuzuschreiben, daß nemlich die Vernachlässigung der Form vollständige Wirkungslosigkeit bedingt.[2])

Ferner erhebt sich die Frage, ob in Ansehung der condictio indebiti der wirklichen Erfüllung auch datio in solutum, Novation (die auch als solche angesehen werden kann) und Bürgschaft oder Pfandbestellung gleichstehen? Ist dies der Fall, so ist auch bei diesen Vorkommnissen die Rück-

---

[1]) Z. B. Gesetz vom 25. Juli 1871, Nr. 76 R. G. Bl.

[2]) S. Unger, System der östr. R. II. S. 114.

forderung auszuschließen. Die Antwort hängt aber einzig von der Auffassung ab, welche das Recht von den erwähnten Vorkommnissen hat und ist ohne Einfluß auf die Lehre von den klaglosen Ansprüchen. In dieser Beziehung sei nur verwiesen auf § 1351:

„Verbindlichkeiten, welche nie zu Recht bestanden haben oder schon aufgehoben sind, können weder übernommen noch bestätigt werden.“

Dieser § ist, wie schon Zeiller treffend ausführt,[1] auf alle Arten ungiltiger Verhältnisse, auch auf die in § 1432 genannten zu beziehen. Und die gleiche Bestimmung wird auf das analoge Verhältnis der Pfandbestellung anzuwenden sein.

Da es nun keine weitere Bestimmung gibt, welche als rechtliche Wirkung etwas anderes als einen klagbaren Anspruch statuiren würde, so sind alle weiteren Behauptungen über Naturalobligationen im österreichischen Recht reine Phantasiearbeit.[2] Insbesondere fehlt jeder Anhalt, die Schenkungsregeln bei Erfüllung behaupteter Naturalobligationen auszuschließen, vielmehr gilt auch hier nach § 938 die Definition: quod nullo jure cogente conceditur, donatio est.

Das französische Recht zeigt uns recht deutlich die Unbrauchbarkeit des Begriffs der Naturalobligation. Es enthält ebenfalls nur die eine Bestimmung über den Ausschluß der condictio indebiti, aber es nennt nicht, wie das österreichische Gesetz, die einzelnen Fälle wo dies eintritt, sondern sagt allgemein in Art. 1235:

la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

Wann ist aber obligation naturelle vorhanden? Dafür gibt das Gesetz selbst keinen weiteren Anhalt. Man kann also nur auf die Romanistische Theorie vor Entstehung des Gesetzbuches recurriren, oder aber bei dem Wortlaut, d. h. der „natürlichen Auffassung“ stehen bleiben.[3] Das erste dürfte, der Zerfahrenheit der älteren Theorie wegen, auch fast ganz auf das zweite hinauskommen. So sehen wir denn, daß die herrschende Meinung eine unzählige Masse von Naturalobligationen anerkennt.

---

[1]) So die Ausführungen von Hasenöhrl, Österr. Obligr. I. S. 24 flg.

[2]) Zeiller, Commentar IV, S. 16. — Über die Anwendung auf die Pfandbestellung a. a. O. S. 42.

[3]) Laurent, Principes de droit civil, t. XVIII, versucht in künstlicher Weise diesen Begriff zu beschränken, doch können seine geistreichen Ausführungen nicht überzeugen.

Abgesehen von einer Reihe wichtigerer, ausdrücklich genannter Fälle, heißt es bei Aubry=Rau[1])

„le simple désir de satisfaire à un sentiment d'équité, de conscience, délicatesse ou d'honneur constituent dans certains cas une cause suffisante du payement.“

Als Folge dieser maßlosen Ausdehnung des Begriffs darf man es wol ansehen, wenn die herrschende Meinung sich nun bemühte, die angeführte Bestimmung des Art. 1235 inhaltlich zu beschränken. Man urgirte das Wort „volontairement“ und definirte es: „en conscience de cause“. Man bezog also den Art. 1235 nur auf die wissentliche Erfüllung einer Naturobligation, nicht auf die aus Irrtum erfolgte. Daß diese Auffassung dem Sinne des Gesetzes widerstreitet ergibt sich aus dem Zusammenhang desselben; ferner aus der Erwägung, daß dann der fragliche Art. 1235 überflüssig wäre, da wissentliche Leistung der Nichtschuld immer die Rückforderung ausschließt. Endlich auch aus der historischen Entwicklung, da offenbar die frühere romanistische Doctrin nach Pothier recipirt werden sollte.[2]) Wenn trotz dieser Bedenken die angegebene Auffassung in Theorie und Praxis fast unwidersprochene Aufnahme gefunden hat,[3]) so ist das eine „abändernde Interpretation“, die wohl nur in folgender Weise begründet werden kann. Die unbegrenzte Weite des Begriffs der Naturalobligation droht der fraglichen Bestimmung eine vom Gesetzgeber gewiß nicht beabsichtigte Ausdehnung zu geben, so daß durch die Ausnahmsfälle die Anwendung der Rückforderung wesentlich beschränkt würde. Nun ist auch kein Mittel vorhanden den Begriff und damit die Bestimmung des Art. 1235 in rationeller und bestimmter Weise einzuschränken. Wenn daher dem vermutlichen Willen des Gesetzgebers durch den Wortlaut nicht entsprochen wird, so ist es immerhin billiger durch die angegebene gewaltsame Interpretation die Rückforderung zu begünstigen.

Was die weitere Wirkung der Naturalobligationen betrifft, so hat dieselbe wie erwähnt im Gesetze keinen Anhalt. Trotzdem behauptet man allgemein, daß sie eine Ausnahme von den für die Schenkungen geltenden Regeln bewirken. „Engagements en vue d'acquitter une dette naturelle“ sollen also von den Formvorschriften der Art. 931 flg. ausgenommen sein

---

[1]) Cours de droit civil, 4e éd. 1871. t. IV. p. 729. Die Aufzählung der besonderen Fälle ebenda. S. 5. — Sonstige Literatur s. bei Laurent, a. a. O., Zachariä, 6. Aufl. 1875. II. S. 266. N. 1.

[2]) Pothier, oeuvres compl. ed. 1847. t. V. p. 101.

[3]) Larombière, Obligations V. p. 621, Demolombe, Obligations IV. p. 39 ss, Laurent, d. c. XVII. p. 39, Aubry=Rau, l. c. IV. 729. (3e éd. 1856. III. p. 531 hat noch die entgegengesetzte Ansicht). Zachariä, II. S. 267 N. 4. (Puchelt, Herausgeber der 6. Auflage, ist dagegen.)

und in Rücksicht auf Art. 1131 eine genügende Causa haben.[1]) Daß aber diese Ansicht — welche mit der auch an anderen Punkten bemerklichen Tendenz nach Einschränkung der Formstrenge des code civil zusammenhängt — durchaus nicht mit dem Geiste und den sonstigen Bestimmungen des Gesetzes zu vereinigen ist, zeigen die trefflichen Ausführungen von Laurent XII. p. 437 ss.

Somit hat auch für das französische Recht der Begriff der Naturalobligation oder des klaglosen Anspruchs weder practische Bedeutung, noch theoretische Existenzberechtigung.

---

[1]) Demolombe, XX. p. 27. ss. Aubry-Rau, IV. p. 8. Zachariä, II. S. 268.

Beilage II.

Die Bereicherungsklagen des österreichischen Rechts.

Die Auffassung dieser Lehre, welche bisher dem gemeinen Rechte zu Grunde gelegt wurde, läßt sich noch viel leichter auf das österreichische Recht anwenden. Die gemeinsame processuale Gestalt der innerlich verschiedenen Aussprüche und die mit dem Begriff der Causa operirenden theoretischen Versuche der Römischen Juristen, die zwei größten Hindernisse für unsere Auffassung, sind hier nicht im Wege, das Gesetz verfügt einfach für gewisse Fälle die Rückforderungsklage. Es war daher allerdings schwierig die römischrechtliche Theorie in ihrer herkömmlichen Form auf das österreichische Recht zu übertragen, es schien für manche Sätze keine Anlehnung im Gesetze zu geben, dasselbe galt daher als in dieser Materie sehr unvollständig. In unserer Formulirung betrachtet fehlt von den gemeinrechtlichen Sätzen im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch nur wenig und das fehlende läßt sich aus der Gesammtauffassung leicht ergänzen.

Was die Literatur betrifft, so ist an speciellen Arbeiten nur der Aufsatz von Pfaff, über die condictio indebiti, Ger.-Zeitung 1868 N. 30 flg. von maßgebender Bedeutung. Die Schrift von Pavlicek, z. Lehre von d. Bereicherungsklagen, 1878 ist wol eine fleißige Compilation der gemeinrechtlichen Theorie, entbehrt aber für das österr. Recht jeder Selbstständigkeit. Die bekannten Commentare und einige ihres Ortes zu nennende Werke enthalten für einzelne Punkte manches Beachtenswerte.

Zufällige Bereicherung.

A. Durch Handlung des Gewinnenden.

1. Besitzerwerb.

Die Rechtssätze, welche wir für das Römische Recht nur durch weitgehende Folgerungen wahrscheinlich machen konnten, sind im österreichischen Rechte ziemlich leicht zu beweisen, da hier das Gebiet der „Besitzentsetzungsklage" ein viel weiteres und fast auf alle Fälle ausgedehnt ist, welche wir

dort den Besitzcondictionen zuweisen mußten. Daß wir die Besitzklagen, welche auf nichtdeliktischer Entziehung beruhen, den Bereicherungsklagen zur Seite stellen, ist nach dem oben Dargelegten gerechtfertigt, weil die Klage als Tatbestand nichts voraussetzt als Übergang des dem Kläger zustehenden Besitzes auf den Beklagten, und weil sie als Object nur Rückgabe des erhaltenen Besitzes hat.

Die „Besitzentsetzungsklage" steht nun nach österreichischem Rechte in allen Fällen zu, wo der Besitz ohne den Willen des Vorbesitzers eigenmächtig entzogen wird. Zwar zählt § 346 die Arten der die Klage begründenden Besitzentziehungen so auf, wie das Römische Recht: „in den Besitz eindrängen, oder durch List oder Bitte heimlich einschleichen." Allein es ist nach den überzeugenden Ausführungen von Randa[1]) nicht zu zweifeln, daß diese Ausdrücke im Sinne der gemeinrechtlichen Theorie der damaligen Zeit zu verstehen sind, und diese hatte das Erfordernis der „gewaltsamen Entziehung" dahin verblaßt und vermindert, daß als gewaltsame eben jede ohne Willen des Besitzers erfolgende Entziehung verstanden wurde. Dafür spricht auch der § 339: „der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit sein, so ist niemand befugt denselben eigenmächtig zu stören."[2]) Sonach gehören hierher auch die Fälle der Verwechslung mit fremden Sachen, unbewußte Ergreifung zugelaufener oder zugeflogener Tiere oder liegen- und stehengelassener Sachen, oder solcher Sachen, welche an einen Unrichtigen abgeliefert werden, da ja hier der Besitz nicht übertragen wird und nur dem Vorbesitzer verloren geht kraft des natürlichen Verlustes der Innehabung.

Dazu kommen noch folgende zweifelhafte Fälle.

a) Unberechtigte Entziehung von Sachen aus dem Nachlaß vor der Erbschaftsantretung begründet die Besitzentsetzungsklage für die Erbschaft oder den Erben.[3]) Dieser Satz ist eine einfache Anwendung der §§ 339. 346. 547, welche gemacht werden muß, sobald das Gesetz sie nicht ausdrücklich ausschließt, und das ist nicht der Fall. Es ist lediglich als eine innerlich nicht gerechtfertigte und nicht consequente Sonderheit der Römischen Besitztheorie anzusehen, daß der Interdictenschutz nicht auf die Erbschaft und den Erben übergehen soll. Daß diese Entscheidung nicht mit dem Begriffe des Besitzes notwendig verbunden ist, wenn man denselben auch nicht den anderen „Rechten" oder Rechtsverhältnissen gleichstellen will,

---

[1]) Besitz. nach österr. Recht. 3. Aufl. S. 186 flg. Die übereinstimmende Spruchpraxis, s. S. 191, Literatur N, 13.

[2]) Ebenso § 2 k. Verordnung v. 27. Okt. 1849.

[3]) Dafür Stubenrauch I. S. 698. Pfaff-Hofmann, II. 1. S. 36. 37. Strohal, „Succession in dem Besitz", Jurist. Blätter. 1881. Nr 10. Dagegen Randa u. die das. S. 356 Citirten.

wird immer mehr anerkannt.[1]) Es liegt also weder ein gesetzlicher Anhalt noch eine praktische oder theoretische Erwägung vor, der Erbschaft und dem Erben den Besitzschutz zu entziehen.

b) Die Besitzregeln können nicht unmittelbar angewendet werden, wenn die Sache verloren war und von dem Finder in Anspruch genommen werden soll.[2]) Das ist auch insofern nicht notwendig, als der Finder die Sache als verlorene kennt und trotzdem in Verwahrung oder in Besitz nimmt. Es entsteht dann im ersten Falle eine act. negotiorum gestorum, welche in den §§ 388—393 geregelt und ausdrücklich dem „vorigen Besitzer", „vorigen Inhaber" zugesprochen wird;[3]) im zweiten Falle eine Delictsobligation wegen Funddiebstahl, Fundverheimlichung. In dem gesetzlich nicht berührten Falle nun, wo der Finder die Sache unwissentlich und im guten Glauben als derelinquirte an sich nimmt oder als eigene behandelt, wird man nach Analogie der eben citirten Regeln zweifelsohne auch dem vorigen Besitzer einfach aus dem Grunde seines Besitzes eine Klage gewähren auf Rückgabe des widerrechtlich erworbenen Besitzes.[4])

c) Erwähnung bedarf endlich die Ergreifung der vacua possessio absentium, des durch einen Stellvertreter ausgeübten und corpore verlorenen Besitzes. Wann dieser Fall des Besitzverlustes, also des freistehenden Besitzes eintritt, ist fraglich;[5]) jedenfalls gibt es im österreichischen Rechte auch einen oder den andern Fall und es fragt sich nun, ob auch hier dem Vorbesitzer ein possessorisches Rechtsmittel zuzusprechen ist gegen den, der widerrechtlicher Weise den Besitz ergreift? Ich meine, daß nach dem Geist der verwandten Gesetze der Richter auch hier Besitzschutz zu gewähren hätte.[6])

Es finden sich also auch im österr. Recht einige Fälle, wo ein Anspruch auf Grund unberechtigter Aneignung des Besitzes nicht unter die normalen Besitzansprüche zu stellen, sondern als Bereicherungsanspruch anzuerkennen ist.

Als Gegenstand der Besitzentziehungsklage bezeichnet § 346: „sowol

---

[1]) S. oben die Belege. S. 62. 63.

[2]) Sofern hat Randa S. 201 Recht. Auch hier läßt die eigentliche Besitzklage zu Canstein in Grünhuts Ztschr. VI. S. 138.

[3]) § 390 nennt den Eigentümer, § 391 „vorigen Inhaber oder Eigentümer"; das Verhältnis beider Personen stellt sich nach § 348 einfach dahin, daß jede ihren besonderen Anspruch hat, und daß bei Concurrenz derselben der vorige Besitzer immer seine Beklagtenrolle behält.

[4]) Unrichtig ist es, wenn Randa hier die act. Publiciana für ausreichend hält; dieselbe setzt ja Besitz des Beklagten voraus, die Besitzklage aber nicht.

[5]) S. Randa S. 460 flg. und oben über d. Römische Recht S. 64.

[6]) Tradition des Vertreters an den Dritten macht natürlich nur den Vertreter haftbar. S. Randa, S. 464. 466 flg.

die Zurücksetzung in die vorige Lage als auch die Schadloshaltung." Der erste Punkt macht keine Schwierigkeit, sobald der Beklagte noch in der Lage ist, den Besitz zu restituiren, wie aber ist es zu halten, wenn dies nicht der Fall ist? Denn daß die Besitzentsetzungsklage nicht von dem Besitz des Beklagten abhängig ist, muß mit Entschiedenheit behauptet werden, obschon die Stilisirung des § 346 (gegen jeden unechten Besitzer) Zweifel erregen könnte.[1]) Das Gesetz erwähnt zwar nur den gewöhnlichsten Fall, wo die Klage gegen einen Besitzenden sich richtet, aber das liegt in der ganzen Darstellungsart dieser Materie im Gesetze. Und da sich aus dem vorhergehenden § ergibt, daß es bei dem sog. unechten Besitz nur auf die widerrechtliche Art der Aneignung ankommen soll, so dürfen wir annehmen, daß keine besondere von der römischrechtlichen abweichende Gestaltung des Verhältnisses beabsichtigt war. Die Besitzentsetzungsklage ist also auch im österr. Recht eine obligatorische, auf das Faktum der Besitzentziehung allein gestützte Klage.

Wenn nun § 346 ganz allgemein „Zurücksetzung in die vorige Lage" verfügt, so ist bei Unmöglichkeit der Besitzrestitution der Schätzungswert des Besitzes zu ersetzen nach § 1323, wo es heißt: „um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muß alles in den vorigen Stand zurückversetzt; oder wenn dies nicht tunlich ist, der Schätzungswert vergütet werden." Diese allgemein und unbedingt lautende Verfügung in allen Fällen in Anwendung zu bringen, erscheint bedenklich. Gerechtfertigt ist sie freilich, wo die durch Besitzentziehung bewirkte Schädigung culposer oder doloser Weise erfolgt ist, da hier der Besitzentsetzungsanspruch vollständig delictische Natur hat. (Vgl. § 1294. 1295). Wenn aber die objectiv „widerrechtliche Beschädigung unwillkürlich", ohne Bewußtsein der Widerrechtlichkeit und ohne Pflichtverletzung zugefügt wurde, wäre die unbedingte Ersatzpflicht mit den sonstigen Principien des Gesetzbuchs nicht im Einklange.

Unrichtig wäre es freilich, aus dieser Erwägung die Haftung aus der Besitzentziehung sofort auf die Fälle zu beschränken, wo dem Entziehenden „ein Verschulden zur Last fällt".[2]) Gäbe es nur die Wahl, in den fraglichen Fällen den Vorbesitzer ganz schutzlos zu lassen oder den Entziehenden strenger haftbar zu machen, so müßte man von den beiden irrationellen Resultaten gewiß das mit dem allgemeinen Wortlaut des Gesetzes besser stimmende zur Anwendung bringen. (Die Berufung auf die Eigen-

---

[1]) S. Randa S. 185.

[2]) So Randa. S. 228. 229. Diese Aufstellung widerspricht seinen Sätzen: daß die Besitzklage weder Verschulden noch Besitz des Beklagten voraussetzt. Denn worauf sollte sie sich denn richten, wenn weder Restitution noch Ersatz gefordert werden kann?

tumsklage und ihre schwächere Wirkung ist untriftig, da hier ein obligatorisches Verhältnis vorliegt.) Mir scheint aber eine dritte Lösung in dem schon erwähnten Umstande zu liegen, daß § 346 wenigstens in seiner Stilisirung nur auf den gewöhnlichsten Fall berechnet ist, wo gegen den unechten Besitzer geklagt wird, und daß deshalb die Sanction so weitgehend auf die „Zurücksetzung in die vorige Lage" gestellt ist. Wenn wir die Verfügung einerseits auf die Fälle des nichtbesitzenden redlichen Beklagten ausdehnen wollen, so müssen wir anderseits auch die Sanction nicht in ihrem engen Wortlaut, sondern den verschiedenen Verhältnissen entsprechend auffassen. „Zurücksetzung in die vorige Lage" wird dem unechten, redlichen Besitzer aufgelegt, weil und sofern er damit nicht mehr als seine Bereicherung herausgibt; darum muß dem nichtbesitzenden Beklagten auch diejenige Leistung aufgelegt werden, welche seiner Bereicherung entspricht.

Geht also die Besitzklage aus gutgläubiger Entziehung auf Herausgabe des Besitzes oder der daraus erflossenen Bereicherung, so werden wir anerkennen müssen, daß bei schuldvoller Entziehung der Anspruch statt auf den Schätzungswert des Besitzes auch mindestens auf die Bereicherung durch den Besitz gestellt werden kann; Kläger braucht ja dazu einfach Behauptung oder Beweis des Verschuldens des Beklagten fallen zu lassen. Damit erlangt aber die oben entwickelte Theorie auch für das österreichische Recht eine weitgehende praktische Bedeutung. Die Resultate derselben stellen sich folgendermaßen.

Der Beweis des Klägers richtet sich darauf, daß er Vorbesitzer gewesen und daß Beklagter den Besitz der Sache ohne seinen Willen erlangt hat. Damit ist auch das urspüngliche Object des Anspruchs, Herausgabe des Besitzes erwiesen. Kann die Restitution nicht erzwungen werden, so erfolgt Verurteilung in den Sachwert, da der Besitz diesen in vielen Fällen definitiv verschafft.

Sache des Beklagten ist es nun, um der Verurteilung auf Restitution resp. auf den Sachwert zu entgehen, den Nachweis zu liefern, um wie viel weniger seine Bereicherung durch den einmal erlangten Besitz ausmacht. Verlust durch Untergang oder Vindication der Sache befreit ganz. Bei unfreiwilligem Verlust des Besitzes sind die eventuellen Rechtsmittel zu cediren, bei Aneignung des Sachwerts durch Consumption &c. ist der Sachwert zu leisten, bei entgeltlicher Veräußerung das erzielte Entgelt. Auch unentgeltliche Veräußerung gilt als Ersparung einer Auslage, wenn nicht das Gegenteil nachgewiesen wird. Ist die Bereicherung möglicherweise noch nicht definitiv, wie bei mancher Veräußerung (vgl. § 367, 368.) und bei dem sog. „künstlichen Zuwachs" (§ 414—420), wo Entziehung durch dingl. Klage stattfinden kann, so muß Kläger entweder durch

Nachweis seines Eigentums an der fraglichen Sache oder durch Caution den Beklagten sicherstellen.

Die Bereicherung ist nicht nach der Zeit der Klagserhebung zu bemessen, sondern wird definitiv durch Verwendung des Erhaltenen im eigenen Interesse des Beklagten, die als Ersparung einer Auslage, als Wertconsumtion gilt.[1])

2) Bereicherung aus fremdem Eigentum?

Die Fälle, wo der Eigentumsschutz aufhört, ohne daß der Verlust der Sache für den Eigentümer wirtschaftlich gerechtfertigt wäre, sind im österr. Recht noch wichtiger als im Römischen. Aber auch hier ist nicht die Regel anerkannt, daß dem Eigentümer aus dem Verlust des dinglichen Anspruchs allein ein obligatorischer erwüchse. In einigen Fällen tritt der Wertverlust definitiv ein, bei Ersitzung, Verkauf unter den Bedingungen des § 367, Consumption der Sachen, Vermischung des Geldes. In einigen Fällen der „in redlicher Absicht“ vorgenommenen[2]) Accession ist allerdings ähnlich wie im Römischen Recht ein Anspruch auf Werterſatz anerkannt, aber man kann aus diesen Fällen den erstgenannten gegenüber kein Princip ableiten. Insbesondere ist dieser Anspruch kein Bereicherungsanspruch.

Bei der Specification und den meisten Fällen der Accession von beweglichen Sachen ist nur die Art der dinglichen Berechtigung geändert, indem an der neuen Species oder den verbundenen Sachen nach dem Wertverhältnis der ursprünglichen Sachen oder von Stoff und Arbeit Miteigentum entsteht. Nur wenn die eine Sache zur „Ausbesserung“ der andern verwendet wird, bleibt nach § 416 das Eigentum der Hauptsache unberührt und wird der Eigentümer verpflichtet, „dem Eigentümer der verbrauchten Materialien den Wert derselben zu bezahlen“. Nach der unbedingten Ausdrucksweise des Gesetzes kann es wie im R. Recht nicht darauf ankommen, ob durch den Verbrauch des Materials die Hauptsache wirklich verbessert, ob der Eigentümer derselben also bereichert ist.

Gleiche Bestimmungen geben § 417—419 für das verbaute Material. Der letzte § betrifft den Fall, daß ein Dritter mit fremdem Material auf fremdem Grunde baut, und bestimmt, daß der Eigentümer des Grundes, der den Bau erwirbt, dem Dritten als redlichen Besitzer die „notwendigen und nützlichen Kosten“ vergüten muß, daß der Dritte jedoch dem Eigentümer des Materials den Wert desselben zu ersetzen hat. Auch hier erweist sich, daß die aus Vernichtung des Eigentums entspringende Verpflichtung unabhängig ist von der daraus gewonnenen Bereicherung, da ja der Bau-

---

[1]) Über die Anwendung der Novelle vom 19. Okt. 1849 auf diesen Anspruch kann hier weggesehen werden.

[2]) Bei Einwirkung auf die fremde Sache mala fide tritt Ersatzpflicht ein.

führer unbedingt verpflichtet ist, auch wenn seine Forderung gegen den Grundeigentümer uneinbringlich[1]) oder geringer ist als der Wert der Materialien.

Aus der besprochenen Bestimmung ergibt sich zugleich, daß die Ersatzpflicht auch nicht bedingt ist durch den Besitz der verwendeten Sachen, was oben für das Römische Recht behauptet wurde, daß also die Verpflichtung eine rein persönliche, auf das Factum der redlichen Eigentumsentziehung allein gegründete ist. Der Anspruch kann daher nur als ein quasidelictischer, nicht als Bereicherungsanspruch charakterisirt werden.

Damit entfällt der einzig mögliche Anhaltspunkt, welcher sich im österr. Recht für den Anspruch des Eigentümers auf den aus seiner Sache von dem redlichen Besitzer gemachten Gewinn ergeben könnte. Es kann also hier die im gemeinen Recht durch einige zweifelhafte Entscheidungen hervorgerufene Frage nach dem Anspruch des Eigentümers auf den aus der später untergegangenen Sache erzielten Kaufpreis gar nicht entstehen. Sondern die fraglichen Fälle sind nach unserer auch für das Römische Recht verteidigten Ansicht als Bereicherungen durch unberechtigten Besitzerwerb zu charakterisiren, so daß ein Anspruch stets nur aus dem Gesichtspunkte des verlorenen Besitzes, nicht aber aus dem Gesichtspunkte des verlorenen Eigentums anzuerkennen ist.

B. Durch Handlungen des Verlierenden.

Auch das österreichische Recht erkennt neben den Ansprüchen aus der Geschäftsführung für Aufwendungen mit der Absicht, im Interesse des Andern zu handeln, den Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung durch Aufwendungen, welche ohne diese Absicht geschehen, in vollem Umfange an. Der redliche Besitzer hat nicht nur eine Einrede, sondern einen klagbaren Anspruch auf Ersatz des nützlichen Aufwandes, ja sogar nach § 333 auf einen vom Richter nach Ermessen zu bestimmenden Teil des dafür ausgelegten Kaufpreises,[2]) wenn ohne einen Ankauf der Eigentümer die Sache „sonst schwerlich wieder erlangt haben würde". Für den Erbschaftsbesitzer bestimmt § 824: es sind „die Ansprüche — auf die Vergütung der von demselben in den Nachlaß verwendeten Kosten nach jenen Grundsätzen zu beurteilen, welche in Rücksicht auf den redlichen oder unredlichen Besitzer in dem Hauptstücke von dem Besitze überhaupt festgesetzt sind".[3]) Das Gesetz weist also selbst auf die analoge Anwendung der angeführten

---

[1]) Er hat kein Retentionsrecht. § 334. 471. — Wie hier lehrt auch Nippel III. S. 330 flg. woselbst viele Detailentscheidungen.

[2]) Dafür ist wol § 403 als Richtschnur zu nehmen, welcher die Rettung einer als fremd bekannten Sache betrifft.

[3]) S. Unger, Erbrecht, § 52. N. 12. — Vgl. auch § 641.

Regeln für die Fälle anderweitiger Aufwendungen hin, und diese Regeln wird man daher unbedenklich überhaupt auf alle Fälle der gleichen Art anzuwenden haben.

C. Durch sonstige Umstände.

1) Hat das österreichische Recht die zeitweilig in der gemeinrechtlichen Doctrin herrschende Lehre von der utilis de in rem verso actio aufgenommen? Für die Bejahung dieser Frage ließe sich einzig auf den Wortlaut von 1041 verweisen: „Wenn ohne Geschäftsführung eine Sache zum Nutzen eines Andern verwendet worden ist, so —". Denn hier wird scheinbar nur auf die nützliche Verwendung Gewicht gelegt und von der Geschäftsführung ausdrücklich abgesehen. Allein das Gesetz scheint unter der „Geschäftsführung" nur an Geschäfte zu denken, die notwendig fremde sind, wie den Abschluß von Rechtsgeschäften für einen andern und Einwirkung auf fremde Sachen und fügt deshalb in § 1041. 1042 noch die Erwähnung anderer Formen der Thätigkeit in fremdem Interesse hinzu. Aber diese §§ betreffen doch nichts anderes als Negotiorum gestio und dabei wird nicht von den Requisiten der act. negotiorum gestorum, insbes. von dem animus neg. gerendi abgesehen. Dafür spricht die Sanction des citirten §, wonach der Eigentümer der verwendeten Sache den Wert verlangen kann, „obgleich der Nutzen in der Folge vereitelt worden ist". Denn die Klage aus der Version könnte sich doch nur auf die Bereicherung richten. Gegen die Annahme einer allgemeinen Versionsklage spricht auch der besprochene § 419 welcher bei Verbauung fremden Materials auf fremdem Grunde durch einen Dritten von einer Klage des Eigentümers des Materials gegen den bereicherten Eigentümer des Grundes keine Erwähnung tut.

Damit ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß in der bewußten Eingehung eines Rechtsgeschäftes mit dem Geschäftsführer eines Dritten auch eine Negotiorum gestio für diesen Dritten gefunden werden kann, daß also bei Nützlichkeit dieser Gestion eine Klage wider den Dritten entspringt. Und ferner, daß eine actio quasi institoria dann entsteht, wenn der Wille des Vertretenen Dritten auf Abschluß des Geschäftes dem Leistenden bekannt war.[1])

Abgesehen von den unwesentlichen Fällen zufälligen Vermögensüber-

---

[1]) An solche Fälle denkt wol Zeiller, wenn er schlechthin von Verwendungsansprüchen spricht. III. S. 325. 329. Ähnlich Nippel VII. S. 139, der offenbar nicht von Zeiller abweicht. — Aus dem Verhältnis der besprochenen §§. zu den Bestimmungen des Westgalizischen G. B. III. §. 382. 406—410 kann man über die Absicht der Gesetzgeber wol nichts gewinnen.

ganges, z. B. Abweiden übergefallener Früchte, kommen noch zwei dem modernen Rechte eigentümliche Fälle hier zu betrachten.

2. Bereicherung durch zufällige widerrechtliche Änderung des Tabularstandes.

Der Umstand, daß gewisse Rechtsverhältnisse im Grundbuch eingetragen sind, hat wesentlich wirtschaftliche Bedeutung, ist daher als ein rechtlicher und rechtlich geschützter Vorteil anzusehen;[1]) und die Veränderungen, welche dieses Eingetragensein, den „Tabularstand" betreffen, sind wie andere Rechtsänderungen oder Vermögensübertragungen zu behandeln. Sie können den Gegenstand obligatorischer Ansprüche bilden, wie bei Kauf unbeweglicher Güter oder bei Tilgung einer Hypothekarschuld, wo es einfach zur Ersatzleistung kommt, wenn die geschuldete Buchstandsänderung nicht mehr ausführbar ist. Buchstandsänderungen können insbesondere den Gegenstand von Rückforderungsansprüchen bilden, wenn eine solche Änderung zwar mit Willen des bisher Eingetragenen vorgenommen worden ist, aber von ihnen angefochten werden kann, z. B. als Zahlung einer Nichtschuld § 1431, oder auf Grund eines ungiltigen Vertrages § 879. 1447. Für die Realisirung solcher „Löschungsklagen" gelten die besonderen Bestimmungen des § 61 flg. G. B. G., daneben natürlich die allgemeinen Regeln über Ersatz und Erstattung der Bereicherung.[2])

In all diesen Fällen aber bildet die Voraussetzung des Anspruchs ein materiellrechtliches Verhältnis und nicht die Änderung des Buchstandes allein. Es gibt jedoch Fälle, wo die Änderung des Buchstandes ohne den Willen des bisher Eingetragenen, also zufällig erfolgt.[3]) In diesen Fällen, auf deren genauere Darstellung hier nicht einzugehen ist,[4]) ist die Buchstandsänderung zwar nichtig und kann durch außerprocessuale Mittel beseitigt werden. Sie kann jedoch auch zu definitivem Bestande gelangen, so daß dadurch der früher Eingetragene beschädigt, ein Anderer aber bereichert wird.

Im Sinne § 61. 62 G. B. G. und in Analogie der bisher betrachteten Regeln über zufällige Bereicherung ist nun auf Grund des Tatbestandes, daß eine Rechtsänderung zum Nachteil eines Eingetragenen ohne seinen Willen erfolgt ist, dem Benachteiligten gegen den durch die Änderung Gewinnenden ein Anspruch zu gewähren auf Rückgängigmachung der

---

[1]) S. Exner, Hypothekenrecht I. § 14 N. 7.

[2]) S. Exner, Hypothekenr. I. S. 102. 103.

[3]) Von Richterlicher Verfügung ist natürlich abgesehen.

[4]) S. Exner a. a. O. S. 53 flg.

Buchstandsänderung resp. auf Herausgabe der dadurch erlangten Vorteile. Dieser Anspruch verjährt natürlich in 30 Jahren.

Das Genauere, unter welchen Umständen nach § 61 flg. G. B. G. die Wiederherstellung des früheren Buchstandes selbst erlangt werden kann, wann nicht, kommt für uns nicht in Betracht.[1]) Es sei nach Feststellung der Natur des fraglichen Anspruches nur noch darauf hingewiesen, daß die Bereicherung durch die nichtige Buchstandsänderung darin bestehen kann, daß derjenige, der durch eine Eintragung ein Recht erworben hat, dasselbe veräußert, oder daß derjenige, der durch eine Löschung von einer Last befreit worden ist, sein erweitertes Recht höher verwertet hat.

3) Der Anspruch aus § 83 W. O.

Art. 83: „Ist die wechselmäßige Verbindlichkeit des Ausstellers oder des Acceptanten durch Verjährung oder dadurch, daß die zur Erhaltung des Wechselrechts gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen verabsäumt sind, erloschen, so bleiben dieselben dem Inhaber des Wechsels nur soweit, als sie sich mit dessen Schaden bereichern würden, verpflichtet."

Der hier geschaffene Anspruch gibt zu vielerlei Bedenken Anlaß. Gegenwärtig ist man wol einig, daß derselbe ein eigenartiger, wechselrechtlicher Anspruch und nicht zu identificiren ist mit den privatrechtlichen Beziehungen der an der Wechselbegebung beteiligten Personen.[2]) Über die Natur dieses Anspruchs aber ist man sich durchaus nicht klar, was mit der mangelhaften Theorie der Bereicherungsklagen überhaupt zusammenhängt. Von unserem Standpunkt aus sind die beiden hier entgegenstehender Ansicht folgenderweise zu charakterisiren.

Als Voraussetzung des Anspruchs darf nicht der Zustand des Vermögens des Beklagten, sondern nur die Tatsache des Überganges in dieses Vermögen angesehen werden. Als den vorausgesetzten Vermögensübergang sieht nun die eine, von Thöl[3]) treffend vertretene Ansicht die Befreiung von der Wechselverpflichtung an. Die zweite herrschende Ansicht fordert aber daneben noch Empfang eines Äquivalentes für die Übernahme der Wechselverpflichtung.[4]) In beiden Fällen ist der Anspruch an dieser Stelle einzureihen. Aber nach der ersten Ansicht liegt ein Vermögensübergang direct zwischen Kläger und Beklagten vor, während nach der zweiten der Übergang nach Art der act. de in rem verso utilis zwischen dem Beklagten und einem Dritten stattfinden kann.

---

[1]) Exner a. a. O. S. 103 flg.

[2]) S. Hartmann, Deutsches Wechselrecht. S. 505 flg. Rehbein, D. W. O. 2. Aufl. S. 98.

[3]) Thöl, Handelsrecht II. §. 238. In N. 1 Literatur.

[4]) Hartmann, a. a. O. 511 flg. Wächter, Encyclopädie des W. R. I. S. 151.

Die Richtigkeit der ersten Ansicht darzutun, würde ein zu weites Eingehen auf die Natur des Verhältnisses erfordern, welches einem anderen Orte vorbehalten werden muß. Für beide Auffassungen aber ist aus dem Vorstehenden zu entnehmen, daß der spätere Verlust des bewiesenen Vermögensüberganges immer vom Beklagten darzutun ist.

Bereicherung mit Willen des Verlierenden.

A. Zahlung einer Nichtschuld.

Die hierüber in § 1431—1437 enthaltenen Bestimmungen sind ziemlich vollständig, allein in manchen Punkten, wie allgemein anerkannt, unrichtig und der Absicht des Gesetzes nicht entsprechend formulirt. Das Gesetz wollte einfach die gemeinrechtliche Lehre recipiren. Jedenfalls sind die Bestimmungen so gefaßt, daß sie vollständig durch die oben dargestellte Theorie ergänzt werden können.[1])

1) Den Tatbestand bezeichnet § 1431 mit den Worten: „Wenn Jemandem aus einem Irrtum, wäre es auch ein Rechtsirrtum, eine Sache oder Handlung geleistet worden, wozu er gegen den Leistenden kein Recht hat.“ Und dazu fügt der Schluß des § 1432, daß nicht zurückgefordert werden kann, „wenn jemand eine Zahlung leistet, von der er weiß, daß er sie nicht schuldig ist.“ Es ist also, wie schon die Rubrik „Zahlung einer Nichtschuld“ ausdrückt, nichts gefordert als Leistung in Zahlungsabsicht und Nichtbestehen der vermuteten Verbindlichkeit. Des Irrtums geschieht hier ausdrücklich Erwähnung, um die gemeinrechtlichen Streitfragen bezüglich des Rechtsirrtums und der Entschuldbarkeit abzuschneiden. Trotzdem die Entschuldbarkeit des Irrtums als Tatbestandsrequisit aufzustellen, dafür sehe ich nicht den geringsten Anhalt.[2]) Bezüglich der Beweisfrage haben auch hier die obigen Ausführungen über das logische Verhältnis der beiden Tatbestandsmomente: Zahlungsabsicht und Irrtum, volle Giltigkeit.

Wann das zweite Erfordernis, Nichtbestehen der Rechtspflicht, vorhanden ist, darüber gibt § 1434 die Andeutung, daß wol Erfüllung einer bedingten Schuld als Zuvielleistung zu condiciren ist, daß aber bei Zufrühleistung einer blos befristeten Schuld keine Rückforderung zulässig ist.

---

[1]) Selbstverständlich gilt dies auch für den Charakter der Erfüllung, als einer einseitigen Handlung. Daß sich aus dieser Handlung die gesetzliche Pflicht zur Quittungsleistung ergibt, § 1426. 1428, hindert nicht. Der wichtige Rechtsfall in N. 5926 G. U. W. wurde zwar nicht als Zahlung aufgefaßt, doch ist bedauerlich, daß in den Motiven die Zahlung als „Geschäft“ angesehen wurde, was eine unrichtige Entscheidung bedingt hätte.

[2]) S. über die Frage ausführlich Pavlicek S. 60 flg. und oben S. 124.

Und § 1436 entscheidet die gemeinrechtliche Streitfrage, daß bei einer alternativen Obligation mit Wahlrecht des Schuldners demselben die Wahl auch bei der Rückforderung zusteht, wenn er irrig beide Sachen geleistet hätte. Im übrigen kann einfach auf die obigen Ausführungen, sowie auf die Darstellung von Pavlicek S. 35 flg. verwiesen werden. Nur für den Fall der Zahlung von einem andern als dem wirklichen Schuldner, ist nochmals zu erinnern, daß die Leistung in Zahlungsabsicht, also in Voraussetzung eigener Schuld erfolgt sein muß, daß aber jede andere irrige Voraussetzung irrelevant ist.[1]) Daher ist die Entscheidung N. 6209 G. U. W. richtig. Die Ausnahmen von der c. indebiti sind schon in Anhang I erwähnt worden.

2) Über den Gegenstand der Rückforderung enthalten § 1431. 1437 Bestimmungen, welche dem Wortlaut nach nur auf einen Teil der Fälle passen und selbst für diese Fälle die wahre Absicht des Gesetzes nicht richtig ausdrücken. Die Absicht war vielmehr, wie Pfaff[2]) treffend dargetan hat, die Regeln des Römischen Rechts zu recipiren und das Object des Anspruchs in einer der Natur des ganzen Verhältnisses entsprechenden Weise zu bestimmen. Wir dürfen daher die für das Römische Recht aufgestellten Erwägungen uud die dort gewonnenen Resultate auch für das österr. Recht als zutreffend ansehen, welches dieser Auffassung nicht das geringste Hindernis bietet. Wir resumiren die Resultate demnach im folgenden.[3])

Der Anspruch geht gegen den redlichen Empfänger nie auf mehr als er erhalten hat, aber in erster Linie eben darauf. Die Natur der Leistung macht dabei keinen Unterschied. Ist die Rückstellung des Geleisteten nicht oder nicht mehr möglich, so ist so viel zu restituiren, daß der Empfänger keine Einbuße erleidet. Dafür ist aber nicht erst der Zeitpunkt der Rückforderung maßgebend, sondern bereits der Moment, wo das Geleistete vom Empfänger zu seinem Nutzen und nach seiner Willkür verwendet wird. Auch unentgeltliche Veräußerung gilt als Bereicherung, indem dadurch die Weggabe einer eigenen Sache erspart wurde, sofern nicht der Beklagte beweist, daß nur das Erhalten der Leistung die Schenkung veranlaßt hat.

---

[1]) Gegenteilige Ansichten bei Pavlicek S. 55 flg.

[2]) Gerichtszeitg. 1868. Nr. 34. 35. Dafür auch das Zeugnis von Zeiller, IV. S. 65. S. auch Pavlicek S. 84 flg.

[3]) Detailentscheidungen siehe bei Pfaff a. a. O. Nr. 34. 35. — Ich weiche nur darin von Pfaff ab, daß ich für die Bereicherung den strengeren Maßstab anlege (S. 144), er aber den milderen, s. Nr. 33. Daß nach modernem Rechte Zinsen zu leisten wären, habe ich schon oben S. 139 erwähnt.

B. Die Fälle der sog. condictio ob causam datorum.

Betrachtet man diese Materie nur in der überlieferten Römischen Formulirung, so scheint sie im österr. Gesetz fast übergangen zu sein. Nur § 1435 hat gerade des unglücklichsten und unklarsten Falles, der sog. condictio ob causam finitam Erwähnung getan: „Auch Sachen, die als eine wahre Schuldigkeit gegeben worden sind, kann der Geber vom Empfänger zurückfordern, wenn der rechtliche Grund sie zu behalten aufgehört hat.“ Diese Bestimmung ist wie alle Sätze von der „grundlosen“ Bereicherung eine leere Form, welche erst durch andere Bestimmungen ihre Ausfüllung erwartet. Man muß ja erst aus dem Rechte entnehmen, wann der „rechtliche Grund“ der Leistung aufhört, wann dieselbe eine „grundlose“ wird. Dafür bietet Zeiller eine treffliche Illustration, welcher IV. S. 163 nur gesetzliche anerkannte Rückforderungsansprüche als Beispiele zu nennen weiß.[1]) Der § kann also nur als Zeichen gelten, daß die gemeinrechtlichen Bereicherungsklagen im Sinne des b. G. B. liegen.

Sehen wir aber auf die hier gewählte Formulierung der Rechtssätze, so finden wir dieselben im Gesetzbuch fast vollständig wieder. Suchen wir die Frage: wann findet Rückforderung statt? einfach durch Zusammenstellung der einzelnen Fälle zu beantworten, ohne dieselben gewaltsam unter äußerliche Kategorien zu zwängen, so ergibt sich folgendes Resultat.

1) Verträge auf Leistung des Empfängers.

Daß bei Innominatcontracten und ähnlichen Fällen die Wahl zwischen Erfüllungs- und Rückforderungsklage bei der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge eine unberechtigte historische Eigentümlichkeit des Römischen Rechtes bildet, wird fast allgemein anerkannt. Daher ist es selbstverständlich, daß das österr. Recht in § 919 für gegenseitige Verträge ausdrücklich das Rücktrittsrecht und die Rückforderungsklage ausschließt. Das hindert natürlich nicht, daß in manchen Fällen das Interesse des Gebers bei Ausbleiben der versprochenen Gegenleistung einzig in der Rückforderung des Gegebenen liegen kann (§ 1447) und daß dann aus diesem Gesichtspunkt die Rückforderung stattfindet.

Das österreichische Recht hat aber den Rückforderungsanspruch resp.

---

[1]) Daher sollte im Interesse klarer Motivirung die häufige Berufung dieses § in den gerichtlichen Entscheidungen endlich aufhören. G. U. W. N. 7304. 7237. 6870. 6887. 6908. 7051.

die Ungiltigkeit der Zuwendung angeordnet bei Nichterfüllung des einer Zuwendung auferlegten „Auftrages".[1]) Das verordnet für letztwillige Zuwendungen § 709: „Hat der Erblasser jemandem einen Nachlaß unter einem Auftrage zugewendet, so ist dieser Auftrag als eine auflösende Bedingung anzusehen, daß durch die Nichterfüllung des Auftrages der Nachlaß verwirkt werden solle." Auf modale Schenkungen aber muß § 901 bezogen werden, wenn er von „unentgeltlichen Verträgen, bei welchen die Parteien den Bewegungsgrund oder Endzweck zur ausdrücklichen Bedingung gemacht haben" spricht und für diese die Regeln der letztwilligen Zuwendung verfügt.[2]) Praktisch ist diese Bestimmung, weil die Erfüllung der Auflage oft schwer zu erzwingen, und weil das Interesse daran schwer zu bestimmen, jedenfalls geringer ist, als die Gabe.

Für diese Fälle gilt ferner nach § 708 die Regel, welche im Römischen Recht aus der Parteiabsicht abzuleiten ist, daß bei unverschuldeter Nichterfüllung des Auftrags doch die Liberalität aufrecht erhalten wird.[3])

Was die Beweisfrage betrifft, so hat der Empfänger die Erfüllung des Auftrags zu beweisen, dafür spricht außer der Verwandtschaft mit den zweiseitigen Verträgen die Ordnung des Verhältnisses bei der Nachlaßpflege, wo der Erbe die Erfüllung der Bedingung oder des Auftrags zu erweisen resp. sicher zu stellen hat.[4])

Wann modale Schenkung, für welche auch die übrigen Schenkungsregeln anzuwenden sind,[5]) vorliegt, ist oft schwer zu bestimmen,[6]) es kommt natürlich nicht auf die Ausdrucksweise des Vertrages, sondern darauf an, daß die Leistung nicht nach Ansicht der Parteien als Äquivalent für die versprochene Handlung gilt, daß sie nicht allein darum geschieht, um den Gegner zu der versprochenen Handlung zu bewegen.[7])

2. Rückgabeverträge.

a) Die ausdrücklichen, wenngleich nur kurz oder unvollständig gefaßten Verträge dieser Art bedürfen nur der Erwähnung. Es gehören hierher: Hingabe verzehrbarer Sachen zu Nießbrauch § 510, Hingabe als An-

---

[1]) Daß auch die Erfüllungsklage zulässig ist, folgt aus der Vertragsnatur des Verhältnisses. S. Unger II. § 99 N. 37.

[2]) S. Zeiller, III. S. 87. Unger, II. S. 227.

[3]) Unger a. a. O.

[4]) S. Patent v. 9. August 1854, § 157—159.

[5]) Unger a. a. O. S. 224.

[6]) Daher gibt das preußische L. R. die Vermutung im Zweifel für onerose Natur des Geschäftes. S. Dernburg, pr. Privatrecht II. S. 397.

[7]) Wenn unter Auflage einer (unmöglichen oder) „unerlaubten Handlung"

geld § 908, Hingabe als Heiratsgut vor Abschluß der Ehe § 1218, Bestellung von „Cautionen“ jeder Art.

b) Daß auch stillschweigende Rückgabeverträge nach österreichischem Recht möglich sind, ist selbstverständlich. Für die Frage, wann ein solcher Vertrag anzunehmen ist, kommen die allgemeinen Regeln, insbes. § 863 in Betracht, wonach die Vertragserklärung auch aus Handlungen, „welche mit Überlegung aller Umstände keinen Grund daran zu zweifeln übriglassen“, erschlossen werden kann. Für den wichtigen Punkt, welcher Einfluß dem erkennbaren Beweggrund der Leistung zukommt, ist § 901. zu beachten. Der Sinn dieses unglücklich stilisirten Satzes[1]) kann nur sein, im Hinblick auf die zweifelhafte Römische Lehre die Berücksichtigung der erkennbaren Motive zwar nicht ganz auszuschließen, aber in die richtigen Grenzen zu weisen. Zur Erkenntnis dieser Grenzen trägt er offensichtlich nichts bei. Es bleibt also bei der allgemeinen Regel des § 863.

Als Beispiele sind auch hier die oben erwähnten Fälle der Leistung an einen nicht bevollmächtigten Vertreter des Gläubigers und die Ausstel- von Schuldschein und Quittung vor der Zahlung zu erwähnen.

Gegenstand der Rückforderung ist bei diesen Verträgen das Hingegebene und zwar hat der Empfänger, da er seine eventuelle Rückgabepflicht kennt, auch vor Eintritt der Bedingung alles zu tun, was die Erfüllung dieser Verpflichtung fordert, d. h. er hat für sein Verschulden einzustehen. Dadurch unterscheidet sich diese Verpflichtung wesentlich von der aus dem Empfang einer Nichtschuld.

Was den Beweis betrifft, so hat der Gläubiger die Voraussetzungen seines Anspruchs, also auch den Eintritt der Bedingung darzutun. Die Ausnahme, welche bei gegenseitigen Verträgen gemacht ist, wo die Bedingung die Erfüllung einer Pflicht des Gegners ist, kann hier natürlich nicht zur Anwendung kommen.

(§ 1174) gegeben wird, so ist die Annahme gar nicht abzuweisen, daß zur „Bewirkung“ dieser Handlung, also als Äquivalent für dieselbe gegeben werden wollte, es findet daher § 1174 und nicht § 698 (708) zur Anwendung. So auch Zeiller III. S. 84: „weil die Bedingung zur gesetzwidrigen Handlung einladet“. Gegen Unger, § 99 N. 34. — Selbstverständlich ist aber das zum Zwecke unerlaubten Spiels gegebene Darlehen zu condiciren.

[1]) Daß der „zur Bedingung gemachte Beweggrund“ wie eine „Bedingung angesehen wird,“ ist Tautologie. „Ausdrücklich“ zur Bedingung machen, ist gewiß nicht als Gegensatz zu „stillschweigend“ im Sinne § 863 gemeint. „Wie eine andere Bedingung ansehen“ ist viel zu eng. — Die Commentationen brachten nur die Wirkung der erkennbaren Motive bei der Ergänzung einer generellen Vertragsbestimmung. Zeiller III. S. 83. Nippel VI. S. 113. Winiwarter IV. S. 59.

Die Bestimmung des Römischen Rechts, wonach bei Erfüllung der Bedingung letztwilliger Zuwendungen, die dann nicht erworben werden, ähnliche Ansprüche erwachsen, wie bei der condictio indebiti, ist im österreichischen Recht nicht aufgenommen. Es tritt daher eine Rückforderung dieser Art Leistungen nur dann ein, wenn die Rückgabe ausdrücklich oder stillschweigend bedungen angesehen werden kann. Außer diesem Fall kommt die Regel zur Anwendung, daß das Motiv, welches Jemanden zu einer Leistung bewegt, für die Giltigkeit der Leistung und die Rückforderung ganz irrelevant ist.

Der Rückforderungsanspruch des Entlehners nach § 980, wenn er für die entlehnte Sache Ersatz geleistet, dieselbe aber wieder dem Leiher zugekommen ist, folgt unmittelbar aus dem Vertragsverhältnis, welches dem Entlehner nur den Ersatz des Schadens auferlegt.

C. Gesetzliche Rückforderungsansprüche.

Indem wir eine Reihe von Bestimmungen unter diesem üblichen Ausdruck zusammenfassen, deuten wir an, daß dieselben in keinem inneren Zusammenhange stehen, daß die gewährten Ansprüche weder auf Vertrag noch auf Delict beruhen, sondern jeder für sich eine besondere complicirte Voraussetzung haben. Diese Voraussetzungen im Einzelnen darzustellen, würde die Aufgabe dieser Schrift übersteigen, es genügt uns eben die Gewißheit, daß aus den anzuführenden Bestimmungen eine allgemeinere Rechtsregel zu abstrahiren weder nötig noch möglich ist.

Hierher gehört vor allem die Regel, daß bei Ungiltigkeit oder Auflösung des Vertrages die aus Anlaß dieses Vertrages gemachte Leistung zu restituiren ist. Diese Regel ist ausdrücklich bezeugt in § 877. § 1433. 1447 i. f. und muß in allen ähnlichen Fällen zur Anwendung kommen, z. B. bei den Fällen der § 878 i. f. 880. 1048. § 1265. 1266 a. b. G. B. § 22 a. Conc. O.

Für die von Handlungsunfähigen geschlossenen Rückgabeverträge gilt auch nach österr. Recht das oben S. 169 flg. Dargelegte vollständig. Das von einem Unfähigen genommene Darlehn muß restituirt werden nach Maßgabe von § 865. 1424, eventuell von § 248. 866. Hat ein Handlungsunfähiger ein Darlehn gegeben, so ist der Vertrag soweit als möglich nach § 865 als negotium claudicans zu behandeln.

Ferner die Bestimmungen § 1247 über Widerruflichkeit der Schenkung zwischen Brautleuten.

Die Bestimmungen über Ungiltigkeit übermäßiger Zinsen in § 993. 994. 998 wären hier zu nennen, sind aber aufgehoben.

Endlich enthält § 1174 die Regel über die condictio ob turpem causam ganz in der Weise, wie sie von uns für das Römische Recht aufgestellt worden ist: „Ist etwas zur Verhinderung einer unerlaubten Handlung demjenigen, der diese Handlung begehen wollte, gegeben worden, so findet die Zurückforderung statt.“ Es ist klar, daß es danach nicht darauf ankommt, ob das Nehmen von Geld für Unterlassen der fraglichen Handlung moralisch verwerflich ist oder nicht, ob also erst das ganze Geschäft eine unsittliche Gesinnung, turpitudo des Empfängers anzeigt, sondern nur darauf, ob die fragliche Handlung an sich eine erlaubte ist? Für diese Frage kommen also nicht die Grundsätze von dem unerlaubten Inhalt der Verträge, sondern nur direct verbietende Regeln, insbesondere des Strafrechts in Betracht.[1])

---

[1]) Ähnlich Zeiller III. S. 524. Nippel VII. S. 481: „Zur Hintanhaltung eines bevorstehenden Unrechts.“ Unrichtig wiederholt die Römische Lehre Hasenöhrl, S. 394.

Buchdruckerei Julius Klinkhardt, Leipzig.

Buchdruckerei Julius Klinkhardt, Leipzig.

Haeusler